

Wertpapierrecht

Empfiehl sich eine Neuordnung und Ergänzung des
Wertpapierrechts im BGB?

Sollten Weiterentwicklungen einschließlich solcher im Grenzbereich
zum Bankrecht geregelt sowie wertpapierrechtliche Vorschriften aus
Sondergesetzen in das BGB eingefügt werden?

Gliederung	Seite
A. Vorbemerkung	1431
B. Grundsatzfrage: Soll das Wertpapierrecht im BGB ergänzt und neu geordnet werden?	1431
1. Befund: Umfang der wertpapierrechtlichen Regeln im BGB	1431
2. Bedürfnis für eine Neuordnung des Wertpapierrechts	1432
3. Zusammenfassung des Wertpapierrechts im BGB oder HGB	1433
4. Systematisierung der für Private relevanten wertpapierrechtlichen Normen im BGB	1434
a) Befund	1434
b) Systemalternativen	1434
c) Systematisierungsvorschlag	1435
I. Recht der Inhaberpapiere	1437
1. Inhaberschuldverschreibung	1437
a) Vorbemerkung	1437
b) Begründung des Rechts	1438
c) Sachenrechtliche Konzeption der Inhaberschuldverschreibung	1438
d) Form	1438
e) Inhalt	1439
f) Übertragung	1439
aa) Störungsfreie Übertragung	1439
bb) Erwerb vom Nichtberechtigten	1440
g) Einwendungen	1442
h) Erfüllung	1445
i) Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (RGBI. 1899, S. 691; zuletzt geändert durch EGStGB vom 2. 3. 1974, BGBl. I 469, Art. 133)	1448
j) Ersatzurkunde – Kraftloserklärung – Umschreibung auf den Namen	1448
k) Erlöschen – Verjährung	1448
l) Zinsscheine	1448
m) Erneuerungsscheine	1448
n) Inhaberkarten und Inhabermarken	1449
2. Inhaberaktie	1449
3. Inhaberanteilsscheine	1450
II. Recht der Orderpapiere	1451
1. Vorbemerkung	1451
2. Numerus clausus der Orderpapiere?	1452
3. Orderschuldverschreibung	1453
a) Ausstellung	1453
b) Übertragung	1453
c) Einwendungsausschluß	1454
d) Leistungspflicht und Liberationseffekt	1454
e) Aufgebot und Ersatzurkunde	1455
f) Verjährung	1455
4. Sonstige Orderpapiere	1455

	Seite
III. Recht der Namenspapiere	1455
1. Vorbemerkung	1455
2. Befund	1456
3. Gesetzgebungsvorschlag für Legitimations- und Namenspapiere ohne Sparbücher	1458
a) Legitimationsklausel	1458
b) Namenspapiere mit Vorlegungsklausel	1460
4. Sparbuch	1463
a) Vorbemerkung	1463
b) Befund	1464
IV. Besondere Wertpapierformen, Wertrechte, Annexprobleme	1467
1. Scheck	1467
2. Scheckvertrag	1468
a) Die Verteilung des Fälschungsrisikos zwischen Aussteller und Bank	1468
b) Schecksperrre	1473
3. Scheckkarte	1475
a) Befund	1475
b) Die Notwendigkeit und Nützlichkeit einer kodifikatorischen Erfassung der Scheckkarte	1478
c) Kodifikationsvorschlag	1478
aa) Entstehung der Garantie	1478
bb) Gutgläubiger Erwerb	1479
cc) Einwendungen	1479
dd) Fälschung – Verfälschung	1480
ee) Übertragbarkeit	1483
ff) Kraftloserklärung	1484
4. Debit card	1485
5. Reiseschecks	1486
6. Postscheck	1488
7. Wertrechte	1491
8. Sondervorschriften für Sammeldepotanteile	1499
C. Gesetzesvorschlag	1506
Schrifttum	1513

A. Vorbemerkung

Bekanntlich kennt das BGB keinen besonderen Abschnitt „Wertpapierrecht“. Der Begriff „Wertpapierrecht“ wurde vielmehr in der Rechtswissenschaft entwickelt, um verwandte Erscheinungen zusammenzufassen und einheitlich zu lösen. Ein allgemein anerkannter Wertpapierbegriff hat sich bislang nicht herauskristallisiert. Vielmehr werden nach wie vor zwei unterschiedlich weite Wertpapierbegriffe verwandt. Die Vertreter eines engeren Wertpapierbegriffs zählen ausschließlich die sogenannten Papiere des öffentlichen Glaubens, d.h. Papiere, die gutgläubig erworben werden können, zu den Wertpapieren. Der weitere Wertpapierbegriff umfaßt alle in Urkunden verbrieften Rechte, die nur von demjenigen geltend gemacht werden können, der im Besitz der Urkunde ist. Dem weiteren Wertpapierbegriff zufolge rechnen mithin neben den eigentlichen Umlaufpapieren auch die Rektapapiere zu den Wertpapieren. In jüngster Zeit wurde vorgeschlagen, den Begriff des Wertpapiers teilweise von dem Kriterium der „Innehabung des Papiers“ abzulösen und zusätzlich auf die Möglichkeit eines Einwendungsausschlusses abzuheben (Kümpel, WM 1981, Beilage Nr. 1, S. 32). Es kann hier dahingestellt bleiben, welches Verständnis des Begriffs „Wertpapiere“ das richtige ist. Wenn der Frage nachgegangen wird, ob das Wertpapierrecht im BGB ergänzt und neu geordnet werden soll, so empfiehlt es sich nämlich, – ohne daß sich dadurch der Gesetzgeber auf einen bestimmten Begriff des Wertpapiers festlegen sollte – vom weitesten Wertpapierbegriff auszugehen, da auf diese Weise diejenigen Regeln umfassend konzipiert werden, die auch auf Namenspapiere passen, und mithin Wertungswidersprüche vermieden werden. Es ist sogar angebracht, zwei Schritte weiter zu gehen. Zum einen muß die enge Verknüpfung des Schecks als Wertpapier mit einer Ausweiskarte, in der Praxis der Scheckkarte, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang ist das Problem zu untersuchen, ob nicht im größeren Umfang Ausweiskarten im Rahmen der Fortentwicklung des Zahlungsverkehrs gewisse Wertpapierfunktionen zuwachsen können (Kreditkarte, debit-card). Insbesondere ist aber der Frage nach der Fortentwicklung des Wertpapierrechts zum Wertrecht Rechnung zu tragen, die darin ihren Ausdruck findet, daß das Papier als Träger des Rechts vielfach seine Funktion zugunsten einer Buchung in Registern verloren hat.

B. Grundsatzfrage: Soll das Wertpapierrecht im BGB ergänzt und neu geordnet werden?

Die Frage, ob das Wertpapierrecht im BGB ergänzt und neu geordnet werden soll, wird unter zwei Aspekten erörtert. Zum einen geht es um das Problem, ob das Wertpapierrecht überhaupt ergänzt und neu geordnet werden soll, zum anderen darum, ob dies gerade im BGB geschehen soll.

1. Befund: Umfang der wertpapierrechtlichen Regeln im BGB

Aus der Sicht des BGB ist das Wertpapierrecht und seine Fortentwicklung zum Wertrecht höchst unvollkommen normiert. Die meisten Wertpapierformen sind außerhalb des BGB angesiedelt. Unter den im BGB geregelten Wertpapieren ist zunächst die angenommene Anweisung zu nennen, die freilich kaum praktische Relevanz besitzt. Von erheblicher Bedeutung ist hingegen die Regelung der Inhaber-Schuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB), die alle Formen verbriefter Forderungen umfaßt, sowie die Regelung der Inhaberpapiere in der Form von Inhaberzeichen und Inhabermarken (§ 807 BGB). Die Kategorie der Orderpapiere ist im BGB lediglich in Form eines Genehmigungsvorbehaltes angesprochen

(§ 808 a BGB). Für die qualifizierten Legitimationspapiere findet sich in § 808 BGB eine sehr allgemein gehaltene Vorschrift. Im 3. Buch des BGB sind die Inhabergrundschuld- sowie -rentenschuldbriefe normiert.

In der Kategorie der Inhaberpapiere fehlen hingegen aus der Sicht des BGB so wichtige Umlaufpapiere wie die Inhaberaktie, der Inhaberanteilsschein und der Inhaberscheck. Auch diejenigen Normen, die die schuldrechtlichen „Inhaberpapiere“ erfassen sollen, sind im BGB nicht vollständig aufgeführt; denn für Versicherungsscheine auf den Inhaber existiert im VVG eine Sonderregelung. Nicht aufgenommen wurde in das BGB auch das Gesetz über die gemeinsame Ausübung von Rechten aus Inhaberpapieren. Neben dem BGB steht schließlich die Verbriefung von Inhaberpapieren in Sammelurkunden (§ 9a DepG) und die Übertragung der daraus abgeleiteten Rechte.

Die Orderpapiere finden sich ausschließlich in Sondergesetzen. Es ist hier vornehmlich an den Wechsel und den Orderscheck sowie an die kaufmännischen Orderpapiere des § 363 HGB zu denken. Nicht im BGB geregelt sind weiter die Namensaktie, der Zwischenschein sowie der auf Namen lautende Anteilsschein. Wenn man Stimmen in der Literatur folgt, die den *numerus clausus* der Orderpapiere mittels Analogie auflockern wollen (Canaris, Großkommentar z. HGB, 3. Aufl., § 363 Anm. 63 ff.), so ist ferner das sog. Durchkonossement sowie das Dokument des kombinierten Transportes zu nennen.

Besondere Regelungen für Namenspapiere finden sich im PrABergG v. 1865 (Kuxschein), im WG, SchG und im VVG. Im übrigen spielen im Bereich der Namenspapiere Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erhebliche Rolle (vgl. z.B. § 48 ADSp).

Die Wertrechte haben in den Verordnungen über die Verwaltung und Anschaffung von Reichsschuldbuchforderungen (RGBl. I 1940, 30), in der 1. und 2. Verordnung über die Behandlung von Anleihen des Deutschen Reichs im Bank- und Börsenverkehr (RGBl. I 1941, 21; 1942, 183), im Anleihegesetz (BGBl. I 1951, 218) sowie im Gesetz zur Änderung des DepG (BGBl. I 1972, 801) ihren Niederschlag gefunden. Eine Bundesschuldenordnung, die das Wertrecht exakter ausgestalten soll, befindet sich in Vorbereitung.

Keinerlei besondere Regelung haben die Scheck- und Kreditkarten erfahren.

2. Bedürfnis für eine Neuordnung des Wertpapierrechts

Bevor auf die Frage eingegangen werden kann, ob das Wertpapierrecht gerade im BGB ergänzt und neu geordnet werden soll, ist auf die Vorfrage einzugehen, ob das Wertpapierrecht überhaupt neu geordnet werden muß.

Der Befund hat ergeben, daß wertpapierrechtliche Regeln (unter Einschluß der Wertrechte) auf eine Vielzahl von Gesetzen verstreut sind, zum Teil gesetzlich überhaupt nicht erfaßt werden. Die Gesetze gehören verschiedenen Rechtsschichten an, die z.B. in der unterschiedlichen Formulierung der Liberationswirkung in Art. 40 WG einerseits und §§ 793 I 2, 808 I BGB andererseits deutlich erkennbar werden. Nun haben die Harmonisierungsbemühungen der Rechtswissenschaft in weitem Umfang zur Folge gehabt, daß Wertungswidersprüche zwischen den einzelnen wertpapierrechtlichen Normierungen verhindert wurden. Auch in der Praxis ergeben sich – jedenfalls aus der Sicht der Banken – keine Schwierigkeiten daraus, daß der aktuelle Rechtszustand sich nicht aus einem Gesetz, ja nicht einmal aus mehreren Gesetzen, sondern letztlich nur aus Entscheidungssammlungen, Kommentaren und Lehrbüchern sowie den AGB ablesen läßt (vgl. Kumpel, WM 1981 Beilage Nr. 1, S. 35). Ein dringendes aktuelles Bedürfnis für die Überarbeitung des Wertpapierrechts ist mithin, von Einzelfragen abgesehen, nicht erkennbar.

Immerhin läßt die Verstreuerung wertpapierrechtlicher Regeln auf eine Vielzahl von Gesetzen, der Umstand, daß sich neben dem Wertpapier wertpapierähnliche Figuren zum Teil auf Gesetzesbasis, zum Teil auf der Grundlage von AGB entwickelt haben, langfristig

die Rechtskultur und Rechtssicherheit nicht unberührt. Dies beginnt schon bei der rein technischen Handhabung der Rechtsmaterie. Die maßgeblichen Informationen sind nicht zentral erfaßt, sondern auf eine Vielzahl von Fundstellen verstreut. Die wertpapierrechtlichen Regeln in den Sondergesetzen sind ausgewuchert. Dies hat eine Aufblähung der Gesetzesmaterie begünstigt, eine Aufblähung, die zu beseitigen als durchaus sinnvoll erscheint. Nicht zu übersehen ist die Gefahr, daß die wertpapierrechtlichen Normen auch dort, wo gleichgelagerte Sachfragen behandelt werden, unterschiedlich interpretiert werden, nur weil sie unterschiedlich abgefaßt sind; denn erfahrungsgemäß werden sich die nur am Rande mit Wertpapierfragen befaßten Rechtsanwender und Rechtsberater kaum die Mühe machen und machen können, wertpapierrechtliche Probleme in ihrer ganzen Tragweite über eine Vielzahl von Gesetzen hinweg zu verfolgen. Es können daher immer wieder Phasen der Rechtsentwicklung auftreten, in denen die von der Sache geforderte Harmonisierung des Wertpapierrechts vernachlässigt wird. Schließlich sind die Bedürfnisse juristischer und kaufmännischer Ausbildung ins Auge zu fassen. Die Zersplitterung der Rechtsmaterie bindet aus der Sicht der Lernenden zwangsläufig einen erheblichen Anteil an Energie, der sinnvoller anderweitig eingesetzt werden sollte. Dies hat mit dazu geführt, daß das Wertpapierrecht trotz seiner unbestreitbaren Bedeutung in der juristischen Ausbildung nur mehr eine Nebenrolle spielt. Damit soll nicht gesagt sein, daß eine Neuordnung die Rechtsfortbildung auf längere Zeit hinaus überflüssig macht. Sie wird immer stattfinden und ist deshalb kein Argument gegen eine gesetzgeberische Neuordnung (a.A. wohl Kümpel, a.a.O., S. 36). Es ist schon dann ein Stück Gewißheit gewonnen, wenn die Gesetzestexte den aktuellen Rechtszustand genauer widerspiegeln und er nicht ausschließlich aus Literatur und Rechtsprechung extrapoliert werden muß. Anders mag man entscheiden, wenn man den Gedanken der Kodifikation aufgibt und glaubt, die Verantwortung für das law in action nahezu gänzlich der Praxis überantworten zu dürfen. Es kann mithin festgehalten werden, daß von Einzelfragen abgesehen, kein aktuelles dringendes Bedürfnis für die Neuordnung des Wertpapierrechts besteht, daß aber andererseits ein Bedürfnis für eine Neuordnung nicht gänzlich zu verneinen ist.

3. Zusammenfassung des Wertpapierrechts im BGB oder HGB

Geht man davon aus, daß die geschilderten Gründe für eine Neuordnung des Wertpapierrechts für den Gesetzgeber hinreichend Anlaß bieten, um tätig zu werden, so stellt sich die weitere Frage, welches Gesetz das neu gestaltete Wertpapierrecht aufnehmen sollte. Hier liegt es zweifellos nahe, das Wertpapierrecht in das HGB einzuordnen oder ein besonderes Wertpapiergesetz zu schaffen. Das amerikanische und das schweizerische Recht stellen das Wertpapierrecht in den Zusammenhang spezifischer Handelsgeschäfte. Aus deutscher Sicht kann eine derartige Regelung allerdings nicht auf das Argument gestützt werden, daß in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle Wertpapiere von Kaufleuten ausgestellt oder auf sie gezogen werden; denn eine große Zahl von Wertpapieren tangieren auch Privatleute. Die meisten Schecks werden z.B. heute von Privatleuten ausgestellt. Der Umstand, daß an dem „Geschäft“ auch Kaufleute beteiligt sind, rechtfertigt es nicht, die ihm zugrundeliegenden Regeln in das HGB zu verweisen, wenn man nicht etwa das Kauf-, Werkvertrags- oder Darlehensrecht zum Teil des Handelsrechts machen will. Für die Regelung des Rechts der Wertpapiere im HGB spricht vielmehr, daß ein wesentlicher Teil der in der Praxis verwandten Wertpapiere, darunter der Wechsel, ausschließlich unter Kaufleuten eine gewichtige Rolle spielt. Diese Wertpapiere müssen, wenn nicht in Sondergesetzen, im HGB angesiedelt werden. Um einen geschlossenen Komplex des Wertpapierrechts zu schaffen, vielleicht sogar de lege ferenda einen allgemeinen Teil des Wertpapierrechts vor die Klammer ziehen zu können, liegt es nahe, im HGB auch diejenigen Wertpapiere zu regeln, die überwiegend im Verhältnis Kaufleute – Privatpersonen Bedeutung erlangt haben.

Wenn man freilich die Überarbeitung des BGB-Schuldrechts mit dem im Ansatz rechtspolitisch einleuchtenden Ziel verbindet, daß alle Geschäftsformen, an denen Privatleute in größerem Umfang beteiligt sind, in das BGB aufgenommen werden sollen, so kommt man nicht umhin, eine Vielzahl wertpapierrechtlicher Normen im BGB anzusiedeln. Die Schwierigkeiten, die mit dieser Konzeption verbunden sind, erscheinen als durchaus lösbar. Zwar nötigt die Konzeption „spezifisch bürgerlich-relevante Wertpapiere im BGB“ zu einem Verzicht auf ein einheitliches Wertpapiersystem. Das Wertpapierrecht wird über mehrere Gesetze verstreut bleiben. Gleichwohl ist eine erhöhte Konzentration des Rechtsstoffes realisierbar. Insbesondere können anhand der spezifisch bürgerlich-rechtlichen Wertpapierformen die Grundregeln des Wertpapierrechts entwickelt werden, auf die in anderen Gesetzen verwiesen werden kann. Die Konzeption, alle Geschäftsformen in das BGB zu überführen, die für Privatleute von wesentlicher Bedeutung sind, mag als fragwürdig erscheinen, wenn man bedenkt, daß diese Konzeption dazu führt, das gesamte Scheckrecht in das BGB zu transponieren; denn das Scheckrecht sprengt zweifellos, wie viele andere Nebengesetze, das Schuldrecht des BGB. Andererseits sind mit Sondergesetzen die oben aufgezeigten Nachteile verbunden. Welcher Gesichtspunkt den Ausschlag gibt, läßt sich nur politisch entscheiden, – eine Entscheidung, die dadurch erleichtert wird, daß man zunächst die Konsequenzen darstellt, die sich ergeben, falls eine Neuordnung des Wertpapierrechts unter der Flagge „Aufnahme aller für Privatleute relevanten Regeln in das BGB“ erfolgt.

Im folgenden wird daher unterstellt, daß alle im weitesten Sinne wertpapierrechtlichen Fragen, die aus der Sicht von Nicht-Kaufleuten erheblich ins Gewicht fallen können, im BGB geregelt werden sollen. Auf der Grundlage dieser Hypothese sind in das BGB Regelungen für Inhaberschuldverschreibungen (für Private bedeutsam in der Form von Anleihen), Inhaberzeichen (z.B. Theaterkarten), Orderpapiere (z.B. Anleihen als Orderschuldverschreibungen), Namenspapiere (z.B. Sparbuch), besondere Wertpapiere wie Schecks in Verbindung mit Scheckkarte, Wertrechte und Girosammeldepotanteile, evtl. auch Reiseschecks oder debit-cards aufzunehmen.

4. Systematisierung der für Private relevanten wertpapierrechtlichen Normen im BGB

a) Befund

Unter dem Aspekt einer wertpapierrechtlichen Systematik ist die derzeitige BGB-Situation höchst unvollkommen. Der Titel „Schuldverschreibungen auf den Inhaber“ betrifft Inhaberschuldverschreibungen, Inhaberzeichen aber auch systematisch falsch die ganz anders gearteten Namenspapiere (§ 808 BGB). Obwohl sich die Basisnorm für Orderschuldverschreibungen in § 363 HGB befindet, ist der auf diese Papiere bezogene Genehmigungsvorbehalt in das BGB (§ 808 a) eingefügt worden. Regelungen, die die für Privatleute so wichtigen Papiere, wie den Scheck, die Aktie, den Inhaberanteilschein oder das Wertrecht erfassen, fehlen im BGB gänzlich. Gleiches gilt für die in der Praxis höchst bedeutsamen Girosammeldepotanteile an Effekten. Die wertpapierrechtliche Systematik des BGB kann daher nur mit dem Signum „mißglückt“ versehen werden, da sie weder den Bestand an für Privatleute relevanten Wertpapieren noch die inneren Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Wertpapierformen wiedergibt.

b) Systemalternativen

In der wertpapierrechtlichen Literatur werden die Wertpapiere unter einer Vielzahl von Gesichtspunkten systematisiert. So wird etwa nach der wirtschaftlichen Funktion der Wertpapiere differenziert und zwischen Zahlungs- sowie Kreditpapieren, Anlagepapieren (Effekten), Papieren des Warenverkehrs und sonstigen Papieren unterschieden. Die spezifischen Wertpapierfunktionen werden in den Vordergrund gerückt, wenn die Systematik an den Besonderheiten der Inhaber-, Order- und Rektapapiere sowie der Wertrechte ausge-

richtet wird. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß Kümpel (WM 81 Beilage Nr. 1, S. 1 ff.) kürzlich vorgeschlagen hat, auf dem Kapitalmarkt eine besondere Form des Namenspapiers anzuerkennen, die sich im Vergleich zu sonstigen Namenspapieren durch die Möglichkeit eines Einwendungsausschlusses und die Anwendbarkeit des § 407 BGB auszeichnet. Diese Variante der Namenspapiere würde sich zwischen Inhaber- und reguläre Namenspapiere schieben. Die Systematisierung der Wertpapiere kann auch an der Art der verbrieften Rechte anknüpfen und zwischen mitgliedschaftsrechtlichen, forderungsrechtlichen sowie sachenrechtlichen Papieren differenzieren. In jüngerer Zeit wurde eine Systematisierung einerseits in Wertpapiere, worunter die vertretbaren und zugleich umlauffähigen Papiere der Kapitalanlage fallen sollen, und andererseits in sonstige Umlaufpapiere (z.B. Wechsel) sowie Ausweispapiere vorgeschlagen (vgl. Haag, Die Begriffsbildung des Wertpapiers [1969], S. 130 ff.; Eichler, System der Wertpapiere [1969], S. 63 f.). Auf diese Weise soll ausgehend von dem vollkommenen Idealtyp des Wertpapiers ein System des Wertpapierrechts geschaffen werden.

Ein Blick auf ausländische Rechtssysteme zeigt, daß sowohl Systeme gebräuchlich sind, die sich an den spezifischen Wertpapierfunktionen orientieren, als auch solche Systeme, die sich an den wirtschaftlichen Funktionen der Wertpapiere ausrichten. Das schweizerische Recht unterscheidet z.B. zwischen Namens-, Inhaberpapieren, dem Wechsel, Scheck, anderen Orderpapieren sowie Warenpapieren. Italien stellt an den Anfang der wertpapierrechtlichen Vorschriften allgemeine Bestimmungen, denen Regeln über Inhaber- und Orderpapiere folgen. Der Wechsel und der Scheck finden sich in Sondergesetzen. Der Uniform Commercial Code der Vereinigten Staaten unterscheidet zwischen Handelspapieren (Wechsel, Scheck), auf Order lautende Quittung über Bankeinlagen, Warenpapieren (Frachtbrief, Konnossement), Lagerschein und Anlagepapieren (Inhaberschuldverschreibung, Aktie, Anteilschein).

c) Systematisierungsvorschlag

Läßt man die in der Literatur und in den verschiedenen ausländischen Rechten praktizierten Systematisierungen Revue passieren, so zeigt sich sogleich, daß sich im Rahmen des BGB eine an den wirtschaftlichen Funktionen der verschiedenen Wertpapiere anknüpfende Systematisierung nicht realisieren läßt. Eine solche Systematisierung kann sinnvoll nur in einer Kodifikation verwirklicht werden, die sämtliche oder fast alle Wertpapiere erfaßt. Ein auf das BGB zugeschnittenes System muß jedoch dem Umstand Rechnung tragen, daß in das BGB nur solche Wertpapiere aufgenommen werden, die für Privatleute von erheblicher Bedeutung sind. Zum anderen ist es nicht angängig, schlechthin jede sondergesetzliche Wertpapiernorm in das BGB zu überführen. Man denke nur an die Regeln über die Namensaktie. Es erscheint deshalb als sinnvoll, im Anschluß an die Tradition des BGB das wertpapierrechtliche System so auszuformen, daß es nicht primär die Unterschiede in den wirtschaftlichen Funktionen, sondern in den spezifischen Wertpapierfunktionen widerspiegelt, die den einzelnen Wertpapierarten immanent sind. Dadurch wird zugleich vermieden, daß jede Veränderung in der wirtschaftlichen Verwendung einzelner Papiere das System aus den Angeln hebt. Ein auf spezifische Wertpapierfunktionen aufgebautes System steht der wirtschaftlichen Entwicklung offen gegenüber und ist daher von ihr weitgehend unabhängig.

Im einzelnen bedeutet das, daß im BGB zwischen Inhaber-, Order- sowie Namenspapieren unterschieden werden sollte. Dem Scheck, der sowohl ein Inhaber- als auch ein Orderpapier sein kann, sollte samt den wesentlichen Regeln aus dem Bereich des Scheckvertrages und der Scheckkarte ein besonderer Abschnitt gewidmet werden. Ihm könnte sich ein Abschnitt anschließen, der Wertrechte und Regeln über Sammeldepotenteile aufnimmt.

Es liegt nahe, an die Spitze der Wertpapiere das Inhaberpapier zu stellen, da es am besten dem Umlaufbedürfnis Rechnung trägt. Unter den verschiedenen Inhaberpapieren bietet

sich für eine Regelung im BGB eine Normierung der Inhaberschuldverschreibung an, die in Sondergesetzen so gut wie keinen Niederschlag gefunden hat. Sie kann den Rahmen abgeben, in dem die maßgeblichen Regeln (Begründung, Inhalt, Übertragung, gutgläubiger Erwerb, Zahlung und Aufgebot) entfaltet werden können. Der Inhaberaktie sowie dem Inhaberanteilschein ist durch eine partielle Verweisung auf die Sondergesetze Rechnung zu tragen. Die Besonderheiten der Inhabermarken bilden den Schluß dieses Abschnitts. Die sachenrechtlichen Papiere auf Inhaber (z.B. Inhabergrundschuldbrief) sollten sowohl in Anbetracht der Nähe zum Recht der dinglichen Belastung als auch wegen ihrer geringen Bedeutung aus spezifisch wertpapierrechtlicher Sicht an den angestammten Plätzen verbleiben.

Den Inhaberpapieren folgt ein Abschnitt „Orderpapiere“. Das derzeit geltende Recht hat bekanntlich das Orderpapier nahezu gänzlich außerhalb des BGB angesiedelt. Dies ist daraus zu erklären, daß das Orderpapier als ein Wertpapier des Kaufmanns angesehen wurde. Daran hat sich inzwischen nichts Wesentliches geändert. Der als Orderpapier konzipierte Scheck wird von Privatleuten nahezu immer als Inhaberpapier begeben. Namensaktien und Anteilsscheine auf Namen spielen aus der Sicht des Durchschnittspublikums kaum eine Rolle. Auch die Orderschuldverschreibung in der Form des kaufmännischen Verpflichtungsscheins fällt nur noch gering in der Form von Industrieobligationen ins Gewicht. Gleichwohl sollte man im BGB die Figur der Orderschuldverschreibung eingehender regeln. Dafür sprechen zwei Gründe. Zum einen erscheint es mittelfristig als nicht ausgeschlossen, daß auch aus der Sicht von Privatpersonen Orderpapiere wieder größere Bedeutung erlangen. Das Gesetz sollte für diese Entwicklung offen sein. Zum anderen bietet eine Regelung der Orderschuldverschreibung im BGB Gelegenheit, das Orderpapier in einer allgemein gültigen Form in seinen Grundzügen zu entfalten und auf diese Weise Systembrüche von vornherein auszuschalten.

An die Orderpapiere schließt sich die Regelung der Namenspapiere mit oder ohne Legitimationsklausel an. Hier ist insbesondere darauf Wert zu legen, daß der Kreis der Rektapapiere deutlicher erkennbar wird und die spezifischen Wertpapierfunktionen exakter hervortreten. Im Rahmen des Abschnitts „Namenspapiere“ liegt es nahe, wirtschaftlich wichtige Formen von Namenspapieren, z.B. das typische Sparbuch, eingehender zu regeln. Diese Frage wird noch genauer geprüft werden.

Unter dem Aspekt einer sachgerechten Systematisierung wirft die Einordnung des Scheckrechts samt Scheckvertrags- und Scheckkartenrecht besonders große Probleme auf. Das SchG, das in einer komplizierten Verflechtung zweier Wertpapierformen den Inhaber- und den Orderscheck regelt, kann im Grunde nur als Block in das BGB übernommen werden; denn Änderungen des Gesetzes, die es für eine Übernahme ins BGB besser aufbereiten würden, sind praktisch unvorstellbar. Das SchG wird deshalb im BGB immer ein Fremdkörper bleiben. Andererseits kommt man auch nicht umhin, der Tatsache Rechnung zu tragen, daß das Wertpapier, mit dem heute Privatpersonen am häufigsten in Berührung kommen, neben dem Sparbuch der Scheck ist. Das zeigt schon die Zahl von ca. 15 Millionen Scheckkarten. Hält man an der Prämisse fest, alle Rechtsverhältnisse, die für Privatpersonen von erheblichem Gewicht sind, im BGB zu regeln, so kann die Konsequenz nur lauten, das Scheckrecht in das BGB zu übernehmen. Tut man diesen Schritt, so sollte man im Rahmen des Abschnitts „Scheckrecht“ auch Grundfragen des Scheckvertrages und gegebenenfalls der Scheckkarte behandeln. Zwar gehören beide Komplexe streng genommen nicht zum engeren Bereich des Wertpapierrechts, sondern zu dem der Geschäftsbesorgungs- bzw. des Garantievertrages, doch sind die Verbindungen zum Scheck so eng, daß eine Regelung unter dem Stichwort des Schecks es dem Rechtsanwender erleichtern wird, die maßgeblichen Regeln aufzufinden. Es muß natürlich sichergestellt werden, daß an dieser Stelle nur spezifisch scheckgeschäftliche Fragen aufgegriffen werden. In gewissem Zusam-

menhang mit dem Scheckrecht stehen Fragen des Reiseschecks und der debit-cards, die deshalb hier gelöst werden müssen, falls man sich entschließt, diese Rechtsfiguren gesetzgeberisch exakter auszuformen. Denkbar wäre es freilich auch, in den allgemeinen Teil des BGB die Figur der Verpflichtungsermächtigung anzusiedeln.

In einem letzten Abschnitt ist der Entwicklung zum sog. stückelosen Wertpapierverkehr Rechnung zu tragen. Derzeit werden die damit zusammenhängenden Fragen in den Paragraphen 5 ff. DepG, in den Verordnungen vom 5.1.1940 (RGBl. I 1940, 30), v. 31.12.1940 (RGBl. I 1941, 21), v. 18.4.1942 (RGBl. I 1942, 183) sowie im Anleihegesetz v. 29.3.1958 und Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des DepG v. 24.5.1972 geregelt. Wie noch zu zeigen ist, empfiehlt es sich, die Figur des reinen Wertrechts gänzlich aufzugeben und statt dessen auf Sammelurkunden (§ 9a DepG) zurückzugreifen. Die Girosammelverwahrung einschließlich des darauf aufbauenden Effektengiroverkehrs muß angesichts ihrer Bedeutung für Privatpersonen konsequenterweise im BGB ihren Niederschlag finden. Auch hier erhebt sich die Frage, ob die mit der Girosammelverwahrung und dem Effektengiroverkehr zusammenhängenden Normen überhaupt noch zum Wertpapierrecht zählen und nicht zum Verwahrungsrecht zu ziehen sind. Eine eingehendere Untersuchung des Girosammeldepot-Verfahrens ergibt jedoch, daß die Girosammelverwahrung zu einer Modifikation der Übertragung von Wertpapieren führt und daher dem Wertpapierrecht zuzuordnen ist.

Die hier vorgeschlagene Form der Systematisierung gestattet es, im BGB die wesentlichsten Regeln der für jedermann bedeutsamen Wertpapiere in einer Weise darzustellen, die Wertungswidersprüche verhindert, dem Rechtsanwender die Gemeinsamkeiten der Wertpapiere deutlich macht und das Verständnis des Wertpapierrechts auf der Basis weitgehend vereinheitlichter Regeln erleichtert.

I. Recht der Inhaberpapiere

1. Inhaberschuldverschreibung

a) Vorbemerkung

Die Regelung der Inhaberschuldverschreibung in den §§ 793 ff. BGB stammt aus der älteren Schicht des Wertpapierrechts. Die Reform des Wechsel- und Scheckrechts erfolgte, ohne daß man versuchte, beide Regelungskomplexe einander anzugleichen. Dies hatte Widersprüche zwischen den Regeln des WG, SchG einerseits und den §§ 793 ff. BGB andererseits zur Folge. Sie zeigen sich besonders deutlich bei der Frage des gutgläubigen Erwerbes (§§ 932, 935 BGB, 366 HGB – Art. 21 SchG), des Einwendungsausschlusses sowie der Liberationswirkung der Leistung (§ 793 (1) 2 BGB – Art. 40 (2) WG). Ein großer Teil der Literatur paßt die Regelung der §§ 793 ff. BGB dem WG und SchG durch Analogien an (vgl. Hildebrandt, Wertpapierrecht [1957], S. 9, 37 f.; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 144 f.; Hueck/Canaris, a.a.O., S. 187 f.), während andere Autoren stärker dem Wortlaut des BGB verhaftet bleiben (vgl. z.B. Palandt/Thomas, BGB, 39. Aufl., §§ 793 Anm. 3,4; 796 Anm. 3). Eine Überarbeitung des Wertpapierrechts könnte hier Klarheit und erhöhte Rechtssicherheit schaffen. Sie könnte überdies die Regeln für alle Arten von Inhaberpapieren, soweit dies möglich ist, vereinheitlichen. Es ist allerdings anzumerken, daß in der Praxis bislang gravierende Probleme, die auf die unterschiedliche Fassung der Normen des WG, SchG und der Regeln über Inhaberschuldverschreibungen zurückzuführen sind, nicht ersichtlich geworden sind. Eine Überarbeitung des Rechts der Inhaberpapiere hätte daher primär die Aufgabe, den Rechtsstoff zu vereinfachen und insbesondere die Gesetzestexte besser mit der Rechtslage im Sinne der herrschenden Meinung in Einklang zu bringen.

b) Begründung des Rechts

Die Verfasser der §§ 793 (1) 1, 794 BGB gingen davon aus, daß die Inhaberschuldverschreibung durch den einseitigen Akt der Ausstellung geschaffen wird. Sie legten mithin der Formulierung dieser Vorschriften die Kreationstheorie zugrunde, an der auch heute noch in der Literatur festgehalten wird (vgl. Palandt/Thomas, BGB, a.a.O., § 793 Anm. 2). Das neuere wertpapierrechtliche Schrifttum fordert hingegen einen Begebungsvertrag (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 187; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 143 f.; Hildebrandt, a.a.O., S. 199; mit Modifikationen letztlich auch E. Ulmer, Festschrift Raiser [1974], S. 236).

Der Streit zwischen den verschiedenen Varianten der Kurations- und Vertragstheorie gehört zu den berühmtesten Streitfragen des Wertpapierrechts. Die in diesem Zusammenhang herausgearbeiteten Unterschiede in den Ergebnissen wurden freilich inzwischen durch die Fortschreibung der Kurationsstheorie, insbesondere aber aufgrund der Ergänzung beider Theorien durch Rechtsscheinsgesichtspunkte weitgehend eingegeben (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 32). Divergenzen, die daraus resultieren, daß nach der Kurationsstheorie der Verpflichtungsakt einseitig erfolgt, während nach der Vertragstheorie die Regeln über Verträge zum Tragen kommen, lassen sich im Bereich der §§ 111, 180, 181 BGB durch teleologische Reduktionen und Analogie beseitigen (vgl. E. Ulmer, Das Recht der Wertpapiere [1938], S. 49 f.; Hildebrandt, a.a.O., S. 194 f.). Als Vorzug der Vertragstheorie gegenüber einer Theorie, die das Zustandekommen des Wertpapiers aus einem einseitigen Akt erklärt, bleibt mithin vor allem der Umstand zu nennen, daß sie sich bruchlos in das allgemeine System der Begründung von Forderungen einfügt, demzufolge Forderungen nicht aufgedrängt werden dürfen, sondern vertraglich begründet werden müssen. Ob das Vertragsdogma auch heute noch sachgerecht ist, muß allerdings bezweifelt werden. Zöllner (Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 31 ff.) weist ferner zu Recht darauf hin, daß über den für die Vertragstheorie zentralen Begriff des Begebungsvertrages noch einige Unklarheit herrscht. Diese Unklarheiten sind jedoch im wesentlichen nur dogmatischer Natur. Die praktischen Ergebnisse werden von ihnen kaum berührt.

Dieser Befund rechtfertigt es, aus der Sicht des Gesetzgebers die Alternative zwischen Kurations- und Vertragstheorie unentschieden zu lassen. Rechtsunsicherheit ist nicht zu besorgen. Der hier vorgeschlagene Ansatz ebnet vielmehr der Dogmatik des Wertpapierrechts den Weg, sich etwaigen Entwicklungen, die die Geltung des Vertragsdogmas aushöhlen, ohne weiteres anzupassen. Mithin sollte die Norm, die die Entstehung von Inhaberschuldverschreibungen regelt, so gefaßt sein, daß sie weder als Entscheidung für die Kurations- noch als Entscheidung für die Vertragstheorie verstanden werden kann.

c) Sachenrechtliche Konzeption der Inhaberschuldverschreibung

§ 793 (1) 1 BGB betont stark die sachenrechtliche Konzeption der Inhaberschuldverschreibung, indem er von einer Berechtigung des Inhabers zur Verfügung über die Urkunde spricht. Im Rahmen einer Überarbeitung des Wertpapierrechts ist es ratsam, im Gesetzestext der heute allgemein anerkannten Einsicht Rechnung zu tragen, daß die Eigentumsordnung keineswegs vollständig das Recht der Inhaberpapiere beherrscht (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 23; Zöllner, Festschrift Raiser, a.a.O., S. 274 m. Nachw.). An die Stelle einer Formulierung, die sich auf die Verfügungsbefugnis des Inhabers über das Papier bezieht, sollte deshalb eine Regelung über die materielle Legitimation zur Geltendmachung des Rechts treten.

d) Form

Gemäß § 780 BGB bedarf das Schuldversprechen grundsätzlich der Schriftform. Im Einklang mit der modernen Entwicklung des Wertpapiers, das massenhaft emittiert wird, läßt § 793 (2) 2 BGB eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Unterschrift genügen. Die Beschränkung auf eine faksimilierte Unterschrift erscheint heute als anti-

quiert. In vielen Staaten ist sogar beim Wechsel eine irgendwie mechanisch hergestellte Unterschrift zulässig (vgl. Pleyer/Stecher, WM 77, Beilage Nr. 4, S. 10 ff.; Liesecke, WM 73, 445; Jähnchen-John. Das Wechsel- und Scheckrecht der Vereinigten Staaten von Amerika [1976], S. 30). Man sollte daher keinen unnötigen technischen Aufwand verursachen, sondern der fortschreitenden technischen Entwicklung Rechnung tragen. Daraus folgt, daß es sich empfiehlt, alle technisch möglichen Unterschriftsersatzmittel zuzulassen. Die Vorschrift des § 793 (2) 2 BGB sollte mithin dahin geändert werden, daß die Unterschrift durch irgendeine Art der Unterzeichnung ersetzt werden kann.

e) Inhalt

Es braucht nicht ausdrücklich betont zu werden, daß das verbrieft Schuldversprechen je nach dem Willen der Parteien abstrakt oder auch kausal ausgestaltet sein kann.

Unter dem Aspekt einer Übernahme sondergesetzlicher Regelungen in das BGB erscheint es nicht als ratsam, die Voraussetzungen einer Genehmigung gemäß § 795 BGB einzeln in das BGB aufzunehmen, da dies zu einer Überfrachtung des BGB führen würde.

f) Übertragung

Hier sind zwei Fragenkreise auseinanderzuhalten: zum einen im Normalfall die störungsfreie Übertragung, zum anderen die gestörte Übertragung.

aa) Störungsfreie Übertragung

Das BGB hat die Übertragung von Inhaberschuldverschreibungen nicht ausdrücklich geregelt. Sie ergibt sich mittelbar aus § 793 (1) 1 BGB, wo von einer Berechtigung zur Verfügung über die Urkunde die Rede ist. Da hier vorgeschlagen wird, die Grenzen der Geltung der Eigentumsordnung für das Recht der Inhaberpapiere deutlich zu machen und deshalb in der § 793 (1) 1 BGB entsprechenden Norm nur auf die materielle Legitimation hinzuweisen, erscheint es zur Klarstellung als angebracht, die Übertragung ausdrücklich durch eine Verweisung auf die §§ 929 ff. BGB zu regeln.

In der neueren Literatur wird mit guten Argumenten die These aufgestellt, Inhaberpapiere müßten nicht notwendig in sachenrechtlicher Form, sondern könnten auch mittels einer Zession übertragen werden (vgl. Zöllner, Festschrift Raiser, S. 249 [277 ff.]; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 9). Canaris (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 6) schließt sich der Ansicht Zöllners für den Bereich des Effektenwesens an, weil heute das Verbriefungselement weitgehend in den Hintergrund getreten sei. Bei den übrigen Wertpapieren des öffentlichen Glaubens sei hingegen am Erfordernis der Übergabe bzw. des Übergabesurrogats festzuhalten, da das Papier hier nach der Verkehrsanschauung ungleich stärker im Vordergrund stehe. Eine differenzierende Behandlung von Effekten und sonstigen Papieren öffentlichen Glaubens läuft freilich dem Ziel zuwider, das Rechtssystem so einfach wie möglich zu konzipieren. Es muß daher versucht werden, dieses Problem der Übertragungsform einheitlich zu entscheiden.

Zöllner (Festschrift Raiser, a.a.O., S. 249 [277 ff.]) hat dargelegt, daß keine schwerwiegenden rechtspolitischen oder rechtsdogmatischen Gründe gegen die Zulassung der bloßen Abtretung von Inhaberpapieren existieren. Andererseits besteht ein gewisses Bedürfnis, dem Erwerber das Recht vom Berechtigten auch dann zu verschaffen, wenn es an einer Übergabe bzw. einem Übergabesurrogat fehlt. Gegen die Wirksamkeit einer Abtretung kann deshalb letztlich nur das Argument ins Feld geführt werden, der Gesetzgeber verfolge mit Hilfe des Traditionsprinzips das Ziel, den Besitz als Rechtsscheinsgrundlage und die wahre Rechtsinhaberschaft nach Möglichkeit in einer Hand zu vereinigen.

Die Berechtigung des Traditionsprinzips für das Mobiliarsachenrecht braucht hier nicht weiter untersucht zu werden. Auch wenn das Recht der Inhaber- und Orderpapiere stark vom Mobiliarsachenrecht beeinflusst wird, so bestehen gleichwohl starke Unterschiede, die

eine Abkoppelung der Wertpapiere vom Traditionsprinzip rechtfertigen. Zum einen ist der Umstand zu nennen, daß das Verkörperungselement bei Wertpapieren immer stärker zurückgedrängt worden ist. Zum anderen ist festzuhalten, daß sich im Rahmen des Effektenverkehrs ohnehin ein Verkehrsschutz entwickelt hat, der sich vom Mobiliarsachenrecht weitgehend abgelöst hat. Beide Umstände rechtfertigen es, im Bereich des Wertpapierrechts von dem ohnehin fragwürdig gewordenen Traditionsprinzip abzurücken, ohne einen Wertungswiderspruch zur Übertragung beweglicher Sachen in Kauf nehmen zu müssen.

Es bleibt das Bedenken, daß die Einführung einer neuen Übertragungsform zur Verwirrung in der Praxis führen könnte, weil mehrere Formen der Übertragung zur Verfügung gestellt werden. Es ist zuzugeben, daß die Einführung einer neuen Übertragungsform die Rechtsmaterie kompliziert, da sich an eine Zession andere Rechtsfolgen knüpfen als sie mit einer Übereignung verbunden sind. Auf eine bloße Zession eines Inhaberpapiers kann nämlich weder ein gutgläubiger noch ein einwendungsfreier Erwerb (a.A. vom Ansatz her Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1, S. 31) gestützt werden. Es läßt sich daher durchaus die Befürchtung äußern, daß im Rechtsverkehr nicht hinreichend beachtet wird, daß die Zession dem Erwerber nicht den gleichen Schutz bietet wie eine Übereignung. Sehr groß scheint diese Gefahr allerdings nicht zu sein; denn die Zession unterscheidet sich von der Übereignung letztlich nur durch das Fehlen des Besitzerwerbes. Da die Erwerber auch in Zukunft immer versuchen werden, so schnell wie möglich in den Besitz des Papiers zu gelangen, wird die Zession wohl nur die Rolle eines Auffangtatbestandes spielen, der dem Erwerber den Rechtserwerb vom Berechtigten sichert, falls aus irgendwelchen Gründen die Besitzverschaffung gescheitert ist oder sich verzögert hat.

Sehr groß ist derzeit – soweit ersichtlich – das praktische Bedürfnis nach einem solchen Auffangtatbestand allerdings nicht. Wenn es sich auch aus der Perspektive einer folgerichtigen wertpapierrechtlichen Dogmatik empfiehlt, die Übertragung von Inhaberpapieren durch die Zession für zulässig zu erklären, so liegt hier für den Gesetzgeber, der sich auf die Beseitigung von Mißbräuchen und die Ausschaltung gravierender Rechtsunsicherheit konzentriert, kein Anlaß, gesetzgeberisch tätig zu werden. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist deshalb nur als Annex zur sonstigen Überarbeitung der Übertragungsformen anzuraten.

bb) Erwerb vom Nichtberechtigten

Wie sich aus § 935 (2) BGB ergibt, geht das BGB davon aus, daß der Erwerber die Urkunde und damit die Inhaberschuldverschreibung auch vom Nichtberechtigten zu erwerben vermag, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit daran glaubte, daß der Veräußerer Inhaber des Rechts sei. Hat er das Papier von einem Kaufmann erworben, so ist der Erwerber darüber hinaus in seinem guten Glauben an die Verfügungsmacht und nach der Ansicht einiger Stimmen in der Literatur an die Vertretungsmacht des Veräußerers geschützt (§ 366 HGB).

Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers ist bei einem anderen Inhaberpapier, dem Inhaberschek, bedeutend stärker ausgeprägt (Art. 21 SchG). Der Erwerber, der an die Verfügungsmacht des Veräußerers glaubt, wird auch dann geschützt, wenn der Veräußerer nicht zu dem Kreis der Kaufleute zählt. Ferner soll sich der Gutglaubensschutz nach verbreiteter Ansicht auch auf die Vertretungsmacht des Nichtkaufmannes, die Geschäftsfähigkeit sowie das Fehlen einer konkursrechtlichen Verfügungsbeschränkung erstrecken (BGH, NJW 51, 502; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., 79 f.; Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12. Aufl. [1978], Art. 21 SchG, Anm. 3; a.A. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 83 f.). Die Regeln des Gutglaubensschutzes schneiden dem Veräußerer ferner die Berufung auf Willensmängel ab (sehr strittig). Diese Divergenzen im Gutglaubensschutz sind unter dem Aspekt einer Minimierung des Normenbestandes äußerst mißlich.

Zur Lösung der Frage, welches Muster des Gutgläubensschutzes das Recht der Inhaberschuldverschreibung prägen sollte, wurde schon oben angedeutet, daß es nahe liegt, sich für das Vorbild des Art. 21 SchG zu entscheiden. Das SchG ist das jüngere, das modernere Gesetz. Als Einheitsrecht ist es, wenn auch in begrenztem Umfang, stärker auf die internationalen Standards bezogen. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß im Rahmen einer Überarbeitung des BGB-Schuldrechts nicht erwartet werden kann, daß die Überarbeitung auf das SchG und das parallellaufende WG erstreckt wird. Sowohl das SchG als auch das WG muß daher im Rahmen der Überlegungen zur Überarbeitung des Schuldrechts als Fixpunkt behandelt werden. Daraus folgt, daß sich der Gutgläubensschutz im Recht der Inhaberschuldverschreibung am WG und SchG zu orientieren hat.

Hat man sich dafür entschieden, der Regelung des WG und SchG den Vorrang zu geben, so stellt sich die weitere Frage, wie der Gutgläubensschutz im Recht der Inhaberschuldverschreibung zu formulieren ist. Der Rechtssicherheit wäre zweifellos erheblich gedient, wenn die Formulierungen im Recht der Inhaberschuldverschreibung nicht den Text der Art. 16 WG, 21 SchG kopieren würden. Die im SchG und WG verwandten Formulierungen sind nämlich anerkanntermaßen verunglückt. Zum einen wird dem gutgläubigen Erwerber bei wörtlicher Interpretation des WG, SchG lediglich eine Einrede gegen das Herausgabeverlangen des Erwerbers gegeben, obwohl natürlich der gutgläubige Erwerber das Recht selbst erlangen soll. Gravierender ist der Gesichtspunkt, daß die in Art. 21 SchG, 16 WG verwandte Formulierung nicht einmal in einigermaßen bestimmbareren Umrissen erlaubt zu sagen, wann die Tatbestandsmerkmale eines gutgläubigen Erwerbs erfüllt sind; denn über die mangelnde Aussagekraft des Begriffs „irgendwie“ braucht kein Wort verloren zu werden und das Wort „abhanden gekommen“ ist nach allgemeiner Ansicht nicht im Sinne des § 935 (1) BGB zu verstehen. So ist es nicht verwunderlich, daß sich an die diffuse Formulierung „irgendwie abhanden gekommen“ eine Vielzahl praktisch wichtiger Streitfragen knüpfen. Umstritten ist z.B., ob die wechsel- bzw. scheckrechtlichen Regeln auch Sicherheit gegen mangelnde Geschäftsfähigkeit des Veräußerers oder gegen konkursrechtliche Verfügungsbeschränkungen bieten. Die herrschende Lehre bejaht einen derartigen Schutz ebenso wie sie der Ansicht ist, daß dem gutgläubigen Erwerber gegenüber Willensmängel des Begebungsvertrages nicht geltend gemacht werden können (vgl. Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 79 f.; mit Ausnahme der Willensmängel ferner Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 21 SchG, Anm. 3; 16 WG, Anm. 10; Hildebrandt, a.a.O., S. 33 ff.; weitere Nachweise bei Canaris, Großkommentar zum HGB, 3. Aufl. § 365 Anm. 20). Canaris hält hingegen diese Ausdehnung des Gutgläubensschutzes für offenkundig unhaltbar (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 83 f.; Canaris in Großkommentar zum HGB § 365 Anm. 20). Die Rechtsscheinsgrundlage (Indossamentenkette beim Wechsel; Besitz beim Inhaberscheck) besage weder etwas über die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers noch über das Fehlen von Willensmängeln oder die Konkurseröffnung. Auch der gute Glaube an die Vertretungsmacht werde nicht schon allein aufgrund des Besitzes des Wertpapiers geschützt. Der Veräußerer müsse zusätzlich durch eine Indossamentenkette legitimiert sein. Diese Streitfragen lassen sich nur anhand der ratio der Art. 21 SchG, 16 WG lösen. Unterstellt man, daß diese Normen Gutgläubensschutz nur garantieren, soweit der Rechtsschein des Besitzes bzw. der Indossamentenkette reicht, ist fraglos der Ansicht von Canaris zu folgen, daß der Erwerber weder Sicherheit vor mangelnder Geschäftsfähigkeit, noch Schutz vor dem Fehlen der Vertretungsmacht erlangt. Geht man hingegen – im Einklang mit vielen ausländischen Rechten – davon aus, daß die Umlauffähigkeit der Wertpapiere gestärkt werden müsse, so hat man unabhängig von der Tragweite des konkreten Rechtsscheins Mängel, wie Geschäftsunfähigkeit und Fehlen der Vertretungsmacht, die nur recht selten auftreten, für irrelevant zu erklären. Welche ratio legis nun den Art. 21 SchG, 16 WG nach den Vorstellungen der Genfer Wechsel- und Scheckkonferenz zugrunde liegt, läßt sich mit

Gewißheit nicht eruieren. Die ratio legis dieser Normen wird daher immer mehr oder minder stark in einem Akt der Dezision festgelegt werden müssen. Angesichts dieser Situation liegt es nun nahe, die Streitfrage dadurch aus der – deutschen – Welt zu schaffen, daß man sie im Recht der Inhaberschuldverschreibung durch einen Strich des Gesetzgebers entscheidet. Nach den bisherigen Erfahrungen mit dem Einheitsrecht wäre zu erwarten, daß die Gerichte die sprachlich unveränderten Art. 21 SchG, 16 WG im Lichte der neuen Regelung zum Recht der Inhaberschuldverschreibung interpretieren würden. Dieser Lösungsansatz gerät allerdings mit dem Gedanken des Einheitsrechts in Konflikt. Der vom Gesetzgeber mit dem SchG und WG intendierte Vereinheitlichungszweck hat nicht nur das methodische Postulat zur Folge, daß WG und SchG allein aus ihren inneren Zusammenhängen heraus interpretiert werden müssen (Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl. WG, Anm. 17; U. Huber, Festschrift Flume [1978], S. 86 ff.), sondern auch, daß der Richter zu versuchen hat, ein hohes Maß an Übereinstimmung mit anderen Rechtsordnungen herzustellen. Dieses Postulat gebietet mit anderen Worten dem Richter, sich in der Verwendung rechtsdogmatischer Sinnzusammenhänge der eigenen Rechtsordnung zurückzuhalten (vgl. Martens, JZ 73, 441 [443]). Selbst wenn man nun unterstellt, daß sich eine im Recht der Inhaberschuldverschreibung angesiedelte Entscheidung der im Rahmen des Art. 16 WG, 21 SchG aufgetauchten Streitfragen ganz im Sinne dieser Gesetze halten würde, so würde der Richter, der sich an der im BGB niedergelegten Wertung orientiert, den Gedanken des Einheitsrechts zugunsten nationalen Rechts vernachlässigen. Dies wird spätestens dann deutlich, wenn sich im Einheitsrecht international eine Bewegung abzeichnet, die mit der für Inhaberschuldverschreibungen erlassenen Norm unter keinen Umständen vereinbar ist. Der Richter stünde dann vor der Alternative, entweder den Charakter des WG und SchG als Einheitsrecht zu ignorieren oder in Kauf zu nehmen, daß sich der Gutglaubensschutz im Bereich von Wechsel/Scheck einerseits und den anderen Papieren andererseits wieder auseinanderentwickelt.

Respektiert man den Charakter des WG und SchG als Einheitsrecht, geht man ferner davon aus, daß derzeit weder das WG noch das SchG zur Disposition stehen, sondern Fixpunkte gesetzgeberischer Tätigkeit darstellen, so bleibt, falls man im Interesse der Systemgerechtigkeit einen Gleichklang der Regelungen im Recht der Inhaberpapiere, des Wechsels sowie Schecks anstrebt, nur eine Lösung: Die verunglückte und äußerst unscharfe Regel der Art. 21 SchG, 16 WG muß weitgehend in das Recht der Inhaberschuldverschreibungen übernommen werden. Es muß darauf verzichtet werden, die diese Normen begleitenden Streitigkeiten durch einen Akt des Gesetzgebers aus der Welt zu schaffen.

g) Einwendungen

Das BGB regelt im Recht der Inhaberschuldverschreibung die Einwendungslehre, also die Frage, ob ein Recht erworben werden kann, das entweder überhaupt nicht oder nicht einredetfrei entstanden ist, in § 796 BGB. Zur Kategorie des Schutzes vor Einwendungen muß ferner – jedenfalls aus der Sicht der Vertragstheorie – § 794 (1) BGB gezählt werden. Beide Normenkomplexe gelten heute als veraltet, da sie heutigen Einsichten in die Struktur der Lehre vom Einwendungsausschluß nicht mehr entsprechen. In der Literatur wird deshalb vielfach vorgeschlagen, die Einwendungsproblematik auch im Bereich der Inhaberschuldverschreibungen nach dem Vorbild der zum WG und SchG entwickelten Regeln zu behandeln (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 188; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 145; E. Ulmer, a.a.O., S. 123; Hildebrandt, a.a.O., S. 42 ff., 66 ff.). Diesem Ansatz ist, wie oben zur Frage des gutgläubigen Erwerbes dargelegt wurde, auch im Bereich der Lehre vom Einwendungsausschluß zu folgen.

Noch stärker als bei der Frage, wann eine Urkunde im Sinne der Art. 16 WG, 21 SchG „irgendwie abhanden gekommen“ ist, sind im Rahmen der Lehre vom Einwendungsaus-

schluß die Maßstäbe umstritten, nach denen die Zulässigkeit von Einwendungen bzw. deren Ausschluß zu beurteilen ist. Das hängt damit zusammen, daß Art. 17 WG und 22 SchG keine abschließende Regelung treffen sollten. Insbesondere die Gewichtung des Einwandes des mangelhaften oder fehlenden Begebungsvertrages sollte der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben (vgl. zuletzt Hefermehl, ZHR 144 [1980], 34 [36 ff.] m. Nachw.). Andererseits drängt natürlich die Fassung des WG und SchG als Einheitsrecht dazu, die für den Einwendungsausschluß relevanten Vorschriften im Einklang mit der Rechtsentwicklung in den übrigen Vertragsstaaten aus sich selbst heraus zu interpretieren.

In der deutschen Rechtsprechung und neueren deutschsprachigen Literatur sind drei Hauptrichtungen zu unterscheiden. Man ist sich im Grundsatz darin einig, daß der Zeichner eines Wertpapiers nicht als Schuldner in Anspruch genommen werden darf, wenn ihm die Ausstellung des Wertpapiers nicht zugerechnet werden kann. Als Zurechnungshindernisse kommen hier insbesondere mangelnde Geschäftsfähigkeit, Vertretung ohne Vertretungsmacht und absoluter Zwang in Betracht. Inwieweit Fälschung und das Fehlen des Erklärungsbewußtseins hierher zu zählen sind, wird kontrovers beurteilt (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 141 f. m. Nachw.; ferner Koller, WM 81, 210 ff.). Jedem Inhaber eines Wertpapiers können ferner jederzeit Einwendungen, die aus dem Wertpapier ersichtlich sind, entgegengehalten werden (urkundliche Einwendungen). Außerdem besteht Einigkeit darin, daß der Schuldner mit Einwendungen und Einreden aus dem Kausalverhältnis nur demjenigen gegenüber durchdringt, mit dem ihn das Kausalgeschäft verbindet, es sei denn, daß der Dritterwerber bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat (Art. 17 WG, 22 SchG). Völlig umstritten sind jedoch insbesondere die Fragen, welche Redlichkeitsmaßstäbe an die Beurteilung von Mängeln oder an das Fehlen des Begebungsvertrages sowie des Einwandes, die Forderung sei nachträglich durch Erfüllung oder Erlaß erloschen, anzulegen sind. Vom Ansatz mancher Autoren aus, die einen gutgläubigen Erwerb im Hinblick auf Willensmängel des Begebungsvertrages bejahen, könnte es auch problematisch sein, ob dem unmittelbaren Vertragspartner jederzeit oder nur im Falle der Bösgläubigkeit Mängel des Begebungsvertrages entgegengehalten werden können. Dieser Streit ist deshalb so schwer zu bereinigen, weil auch er letztlich nur mit Hilfe einer Dezision, die im Text des WG und SchG sowie den Materialien der Genfer Wechsel- und Scheckkonferenz keinen festen Rückhalt hat, beendet werden kann. Unterschiedliche Vorstellungen über die Verkehrsbedürfnisse, die Natur des Wertpapiers und die Relevanz der Praxis anderer Vertragsstaaten schlagen deshalb voll auf die Interpretation der maßgeblichen Normen bzw. auf die Lückenfüllung durch Analogieschlüsse durch.

Die Rechtsprechung (BGH, NJW 73, 283) und die heute wohl h. L. (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 143 ff.; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 106 f.; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 17 WG, Anm. 41 ff.; Hildebrandt, a.a.O., S. 61 ff.; Brox, Handels- und Wertpapierrecht [1978], S. 342 ff.; Hildebrandt, a.a.O., S. 61 ff.; Martens, JZ 1973, 444; Liesecke, WM 1973, 1161; P. Ulmer/Heinrich, DB 1972, 1105) vertreten die Ansicht, daß der Schutz des Schuldners vor Verlust von Einwendungen und Einreden dem Schutz des Rechtsinhabers gegen den totalen Verlust seiner Rechtsposition durch gutgläubigen Erwerb angeglichen werden müsse. Im Grunde sei der Schuldner sogar schutzbedürftiger; denn er verliere nicht nur wie beim gutgläubigen Erwerb einen Aktivposten, sondern werde aufgrund eines Einwendungsausschlusses verpflichtet, – unter Umständen in Konstellationen des Regresses sogar über die gezeichnete Summe hinaus. Mit dieser Wertung steht die verbreitet vertretene Ansicht im Einklang, daß ein bestehendes Wertpapierrecht von einem geschäftsunfähigen Veräußerer gutgläubig erworben werden könne, der geschäftsunfähige Zeichner jedoch niemals Schuldner werden könne. Dem hält Ostheim (Festschrift Kastner [1972], S. 356 ff.) die Wertung entgegen, die Verkehrsbedürfnisse erforderten es, daß der Erwerber eines Wertpapiers stärker auf das „Ob“ der Verpflichtung des Schuldners vertrauen dürfe, als auf

den Anschein, daß er von einem Berechtigten erwerbe. Deshalb schade in der ersten Konstellation, also in Fällen fehlender bzw. mangelhafter Begebung oder eines Erlöschens der Schuld infolge Erfüllung bzw. Erlaß lediglich das bewußte Handeln zum Nachteil des Schuldners, während der gutgläubige Erwerb des Papiers selbst schon an grob fahrlässigem Verhalten des Erwerbers scheitere. Ostheim sichert seine These durch einen Hinweis auf eine ähnliche Praxis in den meisten Staaten des Genfer Wechsel- und Scheckabkommens ab. E. Ulmer (Festschrift Raiser, a.a.O., S. 234) legt ähnlich wie Ostheim der Tatsache besonderes Gewicht bei, daß der Schuldner ein Papier ausgestellt habe. Dieser Akt der Skriptur rechtfertige es, die Anforderungen an den guten Glauben des Erwerbers verhältnismäßig niedrig anzusetzen. Im übrigen gebe der Redlichkeitsmaßstab Art. 17 WG, 22 SchG dem Richter einen besonders flexiblen Maßstab an die Hand, mit dessen Hilfe er den unterschiedlichen Problemlagen gerecht werden könne. Allerdings vermeidet Ulmer eine allzu große Diskrepanz zum Redlichkeitsmaßstab des gutgläubigen Erwerbes. Der Schuldner könne natürlich nach Maßgabe der Art. 16 WG, 21 SchG dem Inhaber des Papiers entgegensetzen, daß gerade er das Papier und damit die Schuld nicht gutgläubig erworben habe, weil ihm der Mangel bzw. das Fehlen des Begebungsvertrages grob fahrlässig unbekannt geblieben sei. Ähnlich seien die Konstellationen zu beurteilen, in denen der Rechtserwerb zwar nicht am Eigentumserwerb scheitere, wo aber der Akt der Rückgabe des Papiers nach der Zeichnung fehlerhaft gewesen sei. Im Unterschied zur h.L. wird somit letztlich der Inhaber des Papiers nur vor Nachteilen aus der grob fahrlässigen Unkenntnis der Erfüllung bzw. des Erlasses der Schuld bewahrt. Auch Ulmer kann für sich verbuchen, daß in der Mehrheit der Vertragsstaaten das gleiche Resultat vertreten wird. U. Huber (Festschrift Flume [1978], S. 83 ff.) hat ebenfalls die h.M. angegriffen. Er wirft ihr vor, daß sie sich mit der These, das WG sei lückenhaft, einen Hebel zu einer Korrektur des Gesetzes geschaffen habe. Eine solche Lücke sei nicht auszumachen. Vielmehr komme es unter dem Aspekt der Einwendungslehre im Verhältnis zu Dritterwerbern ausschließlich darauf an, ob der Schuldner eine gültige Unterschrift getätigt habe. Der Einwand des mangelnden Begebungsvertrages sei, weil der Begebungsvertrag nur aus dem Bürgerlichen Recht abgeleitet werden könne, ausschließlich für die unmittelbaren Beziehungen im Sinne des Art. 17 WG von Bedeutung. Es fehle auch an einem Wertungswiderspruch zwischen Art. 16 (2) und Art. 17 WG, da die schärferen Anforderungen an den guten Glauben in Art. 16 WG ein Gegengewicht für das im Wechselrecht besonders hohe Risiko des Rechtsverlustes durch gutgläubigen Erwerb liefern sollten, – ein Instrument, das für den Schutz des Schuldners, der einen Wechsel ohne gültigen Vertrag begibt, nicht notwendig sei. Hefermehl (ZHR 144 [1980], S. 34 ff.), hat dieser These insbesondere unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des WG widersprochen.

Es zeigt sich, daß die Auseinandersetzungen über die Einwendungslehre von beiden Seiten mit gewichtigen Argumenten bestritten werden. Diese Argumente können freilich für sich nicht Letztverbindlichkeit beanspruchen, da ihr Rang wesentlich davon abhängt, welches Gewicht man dem Gesetzestext zumißt, welche Schlüsse man aus der Entstehungsgeschichte ableitet und insbesondere davon, wie man die Schutzwürdigkeit des Schuldners und die Umlaufbedürfnisse beurteilt. Die Situation auf dem Gebiet des Einwendungsausschlusses wird daher, falls es nicht zu Gesetzesänderungen kommt, weiterhin im Fluß bleiben.

Für den Bereich der Inhaberschuldverschreibung läßt sich daraus die Konsequenz ziehen, daß es unmöglich ist, die derzeit h.M. in den Rang des Gesetzes zu erheben. Jede Normierung, die für die eine oder andere Richtung Partei ergreift, müßte nämlich die Entwicklung im WG und SchG beeinflussen. Sie würde damit der Idee des Einheitsrechts zuwiderlaufen. Man kommt daher nicht umhin, im Rahmen der Inhaberschuldverschreibungen eine Normierung des Einwendungsausschlusses auf diejenigen Komplexe zu beschrän-

ken, die entweder vom WG und SchG nicht erfaßt werden oder deren Behandlung durch WG/SchG unstreitig ist.

Zur Kategorie der unstreitigen Fragen zählen die Fälle, in denen dem Aussteller des Papiers die Zeichnung nicht zugerechnet werden kann. Freilich sind auch hier die Grenzen im einzelnen fließend. Dies gilt vor allem für das Problem, inwieweit dem Aussteller das Fälschungsrisiko zugerechnet werden kann (dazu Koller, WM 81, 210 ff.). Aus den genannten Gründen kann auch dieses Problem gesetzgeberisch nicht gelöst werden, – von der Ausnahme der Verwendung mechanischer Unterschriftshilfen abgesehen. Immerhin sollte man sich entschließen, in das Recht der Inhaberschuldverschreibung als Merkposten die Regel aufzunehmen, daß sich der Aussteller jederzeit darauf berufen darf, die Ausstellung des Papiers sei ihm nicht zuzurechnen. Der Begriff Zurechnung übernimmt hierbei die Funktion eines unbestimmten Rechtsbegriffs.

Unproblematisch ist die Regelung der urkundlichen Einwendungen.

In der Konsequenz einer gesetzgeberischen Anpassung des Rechts der Inhaberschuldverschreibungen an das WG/SchG liegt es, die Regel der Art. 17 WG, 22 SchG trotz ihrer Unbestimmtheit zu übernehmen; denn die Auslegungsergebnisse im Recht der Inhaberschuldverschreibung sollen im Gleichklang mit der Interpretation des WG/SchG bleiben. Die Reichweite der Einwendungen und Einreden, gegen die der Inhaber der h.M. zufolge und nach Maßgabe des in Art. 16 (2) WG niedergelegten Redlichkeitsstandards geschützt ist, ist flexibel dadurch zu umschreiben, daß sie weder der Kategorie der nicht – zurechenbaren Einwendungen noch der Kategorie der den unmittelbaren Beziehungen entspringenden Einwendungen oder Einreden zugeordnet werden. Welche Einwendungen und Einreden im einzelnen hierher zu zählen sind, hängt entscheidend davon ab, wie das Kriterium der „unmittelbaren Beziehung“ interpretiert wird.

h) Erfüllung

Keinerlei Probleme wirft die Regelung der Präsentationsfunktion in § 797 S. 1 BGB auf. Sie kann übernommen werden.

Veraltet ist hingegen § 793 (1) 2 BGB, demzufolge der Aussteller durch Leistung an einen durch den Besitz der Urkunde Legitimierten auch dann frei wird, wenn der Inhaber der Urkunde nicht Verfügungsberechtigt war. Es fehlt insbesondere die Antwort auf die Frage, ob dies auch dann gelten soll, wenn der Aussteller die Nichtberechtigung kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Hier muß Klarheit geschaffen werden. Es liegt im Sinne einer Vereinheitlichung, die Reichweite des Liberationseffekts von Inhaberschuldverschreibungen an Art. 40 WG zu orientieren. Diese Lösung schlagen schon *de lege lata* (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 188; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 144; Hildebrandt, a.a.O., S. 21 ff.; a.A. z.B. Palandt/Thomas, BGB, § 793 Anm. 4; E. Ulmer, a.a.O., S. 125) vor. Eine vom WG abweichende Lösung könnte man zwar damit rechtfertigen, daß der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung die Berechtigung des Vorlegers mit größerer Sorgfalt zu prüfen hat, weil er nicht die kreditschädigenden Auswirkungen eines Protestes zu befürchten habe. Ferner könnte man das Argument ins Feld führen, daß auch die Umlaufinteressen es nicht ohne weiteres rechtfertigen, denjenigen Aussteller befreiend leisten zu lassen, der bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt bemerkt haben müßte, daß er an einen Nichtberechtigten leistet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man den Sorgfaltsstandard nicht zu hoch ansetzt und berücksichtigt, daß der Aussteller vor einer Auszahlung nicht immer zu zeitraubenden Rückfragen gezwungen werden darf (dies erkennt Hildebrandt, a.a.O., S. 23). Gleichwohl erscheint auch im Recht der Inhaberschuldverschreibung eine Befreiungswirkung bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit als angemessen. Würde man die Grenze des Liberationseffekts bei der einfachen Fahrlässigkeit ansiedeln, so müßte jeder

Aussteller, der darum weiß, daß fahrlässig verschuldete Fehler vorkommen, entweder mit erhöhtem Aufwand dafür sorgen, daß derartige Fehler vermieden werden oder aber etwaige Schäden in Kauf nehmen. Die erhöhten Kosten bzw. Schäden werden je nach Marktlage auf alle Erwerber von Inhaberschuldverschreibungen oder auf Dritte verteilt werden. Letztlich hat somit die Erhöhung der Hürde, jenseits derer der Befreiungseffekt eintritt, eine Externalisierung von Risiken zur Folge und mindert die Anstrengung der berechtigten Inhaber um eine zuverlässige Aufbewahrung der Urkunden, obwohl die Inhaber der Urkunden näher dran sind, durch eine zuverlässige Aufbewahrung dafür zu sorgen, daß nicht an Unberechtigte geleistet wird. Die Aufbewahrung kann nämlich mit bedeutend geringerem Aufwand sicher gestaltet werden als ein Schutz vor Leistungen an Nichtberechtigte. Auch wenn man unterstellt, daß die Urkunde ohne Fahrlässigkeit des Inhabers abhanden gekommen ist, so hängt die Gefahr eines unverschuldeten Abhandenkommens wesentlich von der Art der Verwahrung (z.B. im Banksafe, im Haustresor, in der Schreibtischschublade) ab. Dieses von den individuellen Verhältnissen des einzelnen Inhabers abhängige Risiko sollte der jeweilige Inhaber soweit wie möglich tragen. Dies gilt umso mehr, als gerade bei Umlaufpapieren die Gefahr besonders groß ist, daß abhanden gekommene Papiere unter dem Deckmantel des Umlaufs vorgelegt werden. Es ist deshalb Sache des jeweiligen Inhabers, entsprechend seinen individuellen Verhältnissen zu versuchen, sich optimal gegen das Risiko des Verlustes zu sichern, nicht aber darauf zu vertrauen, daß ihn letztlich Aussteller vor Verlusten schützen werden. Etwas anderes mag dort gelten, wo die Wertpapiere infolge höherer Gewalt (z.B. Krieg) verloren gehen. Derartigen Erscheinungen kann jedoch in Sonderregelungen, wie dem Wertpapierbereinungsverfahren, Rechnung getragen werden. Natürlich darf dies nicht heißen, daß der Aussteller seine Augen davor verschließen darf, daß dem Gläubiger, dem er sich verpflichtet hat, Verluste drohen. Mit Sicherheit hat er daher die Erfüllung zu verweigern, gegebenenfalls die Leistung zu hinterlegen, wenn er weiß, daß der Vorleger nicht zum Empfang der Leistung berechtigt ist und er die Nichtberechtigung zu beweisen vermag. Auch wenn sich ihm offensichtlich der Verdacht aufdrängen muß, es gehe nicht alles mit rechten Dingen zu und er sich leicht Beweise zu verschaffen vermag, ist es ihm zuzumuten, die Auszahlung zu verweigern. Da diese Konstellationen relativ selten sein werden, ist nicht mit relevanten Externalisierungen von Risiken zu rechnen. Somit erscheint es als angebracht, bei Inhaberschuldverschreibungen in Parallele zu Art. 40 WG die Befreiungsfunktion auf die Fälle zu beschränken, in denen der Aussteller die Nichtberechtigung des Vorlegers nicht kannte und ihm auch keine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Im Vergleich zum Wortlaut des § 793 (1) 2 BGB wird die Liberationswirkung der Inhaberschuldverschreibungen auch bei Zins- und Gewinnanteilscheinen eingeschränkt. Gegen die Einschränkung der Liberationswirkung kann man das Argument vorbringen, sie sei dem derzeit üblichen Verfahren des Einzugs von Dividenden und Zinsen nicht angemessen. Es bestehe nämlich die Gefahr, daß dem Emittenten, dem der Verlust von Papieren angezeigt worden war, grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen wird, wenn er nicht sämtliche Zahlstellen (die in die Hunderte gehen können) von dem Verlust benachrichtige. Diese Gefahr ist zwar für sehr gering zu erachten; denn im Unterlassen der Benachrichtigung aller Zahlstellen liegt normalerweise kein grobes Verschulden. Die Benachrichtigung ist nämlich regelmäßig unzumutbar, da die hierbei anfallenden Kosten sehr hoch sind und die bloße Benachrichtigung der Zahlstelle noch kein Recht gibt, die Zahlung zu verweigern. Sie müßte zusätzlich Beweise dafür an der Hand haben, daß der Vorleger die Papiere nicht gutgläubig erworben hat. Eine Benachrichtigung mag allenfalls dann in Betracht kommen, wenn ein sehr großer geschlossener Posten von Papieren abhanden gekommen ist.

Allerdings darf nicht verkannt werden, daß eine Begrenzung des Liberationseffekts auf grobe Fahrlässigkeit für die Emittenten und ihre Zahlstellen im Einzelfall Unsicherheit mit

sich bringt, wo diese Grenze liegt und welchen Sorgfaltsstandards genügt werden muß. Das mag besonders dann mißlich sein, wenn in ausländischen Rechten der Schutz der Emittenten vor Leistungen an den Nichtberechtigten großzügiger gehandhabt wird und deshalb ausländische Zahlstellen kein Verständnis für die Sorgfaltsanforderungen des deutschen Rechts aufbringen.

Es kann hier nicht umfassend geklärt werden, wie in anderen Rechten der Liberationseffekt ausgeformt ist. Ein Blick auf das amerikanische und schweizerische Recht zeigt jedenfalls, daß beide Rechtssysteme eine rigorose Lösung zu Lasten des Berechtigten nicht kennen. Das amerikanische Recht schützt zwar auf den ersten Blick in weitem Umfang den Emittenten. Der Emittent zahlt befreiend an die in seinen Büchern eingetragenen Personen. Daraus folgt aber keineswegs, daß der Emittent blind auf den Rechtsschein der Berechtigung vertrauen darf, gleichgültig, wie dieser Rechtsschein zustande gekommen ist. Da nach amerikanischem Recht der Emittent grundsätzlich mit pflichtgemäßer Sorgfalt dafür zu sorgen hat, daß Papiere nur auf berechtigte Erwerber umgeschrieben werden, verlagert sich der Schutz des wahren Gläubigers lediglich auf eine frühere Stufe der Umschreibung. In gewissem Umfang schutzlos ist nur der Erwerber des Papiers, der bis zum Zeitpunkt der Umschreibung gegenüber dem Emittenten ohne Legitimation bleibt. Dagegen kann er sich aber durch Auswahl seines Vertragspartners sichern. Auch im schweizerischen Recht wird der Schutz des wahren Berechtigten nicht rigoros zu Lasten einer erhöhten Verkehrssicherheit zurückgedrängt. Es wird die Ansicht vertreten, daß der Schuldner an den nichtberechtigten Inhaber eines Inhaberpapiers nur dann befreiend leiste, wenn ihm weder Arglist noch grobe Fahrlässigkeit zur Last falle (Guhl, Das Schweizerische Obligationsrecht [1972], S. 838).

Geht man davon aus, daß die beiden Rechte die überwiegend eingehaltene Linie signalisieren, so kommt man auch für das deutsche Recht der Inhaberpapiere nicht umhin, den Liberationseffekt vom Fehlen grober Fahrlässigkeit abhängig zu machen. Diese Lösung entspricht dem Trend der Rechtsentwicklung, die unter Verzicht auf leicht handhabbare Regeln der Einzelfallgerechtigkeit mehr Gewicht verleiht. Mit der Einzelfallgerechtigkeit ist es unvereinbar, daß sich der Schuldner darauf berufen darf, er oder sein Vertreter habe befreiend geleistet, obwohl er Vorsichtsmaßnahmen außer Acht gelassen hatte, die ganz nahe liegen und jedem einleuchten müssen. Freilich sollte diese Betonung der Einzelfallgerechtigkeit nicht zur Folge haben, daß etwa für Effekten dieselben Sorgfaltsstandards wie für einzeln ausgegebene Inhaberpapiere (z.B. Inhaberlagerschein) gelten. Es sollte daher zumindest in die Begründung des Gesetzentwurfes, wenn nicht in das Gesetz selbst, der Hinweis aufgenommen werden, daß der massenhaften Begebung von Inhaberpapieren Rechnung getragen werden muß. Im übrigen können die Emittenten durch Vermerke in den Urkunden die Reichweite der Liberationswirkung ausdehnen.

Im Rahmen des Art. 40 (3) WG ist es nun umstritten, ob der Schuldner, der bei Verfall zahlt, auch in seinem guten Glauben an die Vertretungsmacht, die Verfügungsmacht oder die Geschäftsfähigkeit des Leistungsempfängers geschützt wird (bejahend: Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 40 WG Anm. 7; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 145; Hildebrandt, a.a.O., S. 21 f.; E. Ulmer, a.a.O., S. 125; verneinend: Hueck/Canaris, a.a.O., S. 27). Auch diese Rechtsfrage sollte für das Recht der Inhaberschuldverschreibung nicht gesetzlich entschieden werden, da der Raum für eine parallele Entwicklung im Wechsel-Scheckrecht sowie im Recht der Inhaberschuldverschreibung gewährleistet bleiben muß.

Im Lichte des Art. 40 (2) WG ist hingegen auf die Einschränkung der Liberationswirkung durch das Kriterium „nach Fälligkeit“ zu verzichten, da sonst die Aussteller legitimerweise unter dem Schutz des gutgläubigen Erwerbes auf den Rückkauf der Inhaberschuldverschreibung ausweichen würden. Art. 40 (2) WG ist eine Besonderheit des Wechselrechts.

Gesetzgeberische Abstinenz empfiehlt sich ferner bei der Frage, ob der Aussteller unmittelbar bei befreiender Leistung Eigentümer der Urkunde wird. Für den Wechsel wird diese Frage verbreitet unter analoger Anwendung des § 952 BGB bejaht (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 7; Baumbach/Hefermehl, Art. 39 WG Anm. 3 m.w.Nachw.). Diese Rechtsfolge hat gravierende Konsequenzen für die Einwendungslehre, da die Einwendung der Erfüllung dann nicht dem Art. 17 WG unterworfen werden kann. Die Lösung des Problems, ob § 952 BGB auch im Einheitsrecht des WG und SchG analog anzuwenden ist, hängt entscheidend von der Stellungnahme zur Einwendungslehre ab. Da hier vorgeschlagen wurde, eine einzelstaatliche Lösung von Problemen des Einwendungsausschlusses zu vermeiden, die die Entwicklung im WG/SchG tangieren könnte, muß auf die gesetzliche Lösung des Detailproblems eines Rechtsübergangs kraft Gesetzes ohne Aushändigung der Urkunde verzichtet werden.

- i) Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (RGBl. 1899, S. 691; zuletzt geändert durch EGStGB vom 2. 3. 1974, BGBl. I 469, Art. 133)

Dieses Gesetz gehört in den Zusammenhang des Inhalts bzw. der Erfüllung von Schuldverschreibungen. Da es für den alltäglichen Rechtsverkehr von relativ geringer praktischer Bedeutung ist, empfiehlt es sich anders als nach schweizerischem Recht, diese detaillierte Regelung in einem Sondergesetz zu belassen (a. A. E. Ulmer, a.a.O., S. 115). Anzumerken ist bei dieser Gelegenheit, daß das Gesetz selbst einer Überarbeitung bedarf: denn mit seiner Beschränkung auf inländische Emittenten ist es nicht mehr zeitgerecht.

- j) Ersatzurkunde – Kraftloserklärung – Umschreibung auf den Namen

Die §§ 798–800, 806 BGB können übernommen werden. Erwägenswert wäre es freilich, das Aufgebotsverfahren zu vereinfachen und billiger zu gestalten. Welcher Weg einzuschlagen ist, kann hier nicht geklärt werden, da eingehendere rechtstatsächliche Untersuchungen notwendig sind.

- k) Erlöschen – Verjährung

Die Regelung des § 801 BGB ist sehr kompliziert. Die Unterscheidung zwischen Erlöschen und Verjährung sollte aufgegeben werden. Es empfiehlt sich, nur noch eine Verjährung vorzusehen. Die Länge der Verjährungsfristen kann nur nach eingehenderen rechtstatsächlichen Untersuchungen, die den Entwicklungen der Effektensammelverwahrung Rechnung tragen, festgesetzt werden. Nützlich erscheint es festzuhalten, daß die Verjährung durch ein Aufgebotsverfahren gehemmt wird. Bei der Formulierung der Vorschrift kann weitgehend § 802 BGB übernommen werden.

- l) Zinsscheine

Die Regelung des § 803 BGB erscheint als überflüssig. Es genügt, daß nach allgemeinen Grundsätzen ermittelt wird, ob Zinsscheine selbständige Inhaberschuldverschreibungen darstellen oder nicht. § 803 BGB sollte wohl ersatzlos gestrichen werden. Die Modifikation des Aufgebotsverfahrens für Zins- und Dividendenscheine in § 804 BGB erscheint als zu kompliziert. Die praktische Relevanz ist angesichts des Umstandes, daß sich die meisten Zins- und Dividendenscheine in Sammelverwahrung befinden, wohl sehr gering. Es empfiehlt sich daher, diese Papiere, so weit sie geringwertig sind, in Parallele zu den Inhabermarken, sonst nach Maßgabe der übrigen Schuldverschreibungen zu behandeln.

- m) Erneuerungsscheine

§ 805 BGB sollte beibehalten werden, um Zweifel zu beseitigen, ob Erneuerungsscheine einfache oder qualifizierte Wertpapiere darstellen.

n) Inhaberkarten und Inhabermarken

Der Kreis der Inhaberzeichen wird in § 807 BGB nicht genauer umrissen. Die Vorschrift verweist auf die Umstände und damit auch auf die Verkehrssitte. Canaris (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 208; ferner Palandt/Thomas, BGB, § 807 Anm. 1) weist zurecht darauf hin, daß die Auslegung oft Schwierigkeiten bereitet und die Grenze zu den normalen Inhaberschuldverschreibungen flüssig sei. Es ist daher zu prüfen, ob der Gesetzgeber die Kategorie der Inhaberkarten und -marken exakter umreißen sollte. Im Lichte der Wertpapierfunktionen ist den Inhaberzeichen im Vergleich zu den qualifizierten Legitimationspapieren eine größere Umlauffreundlichkeit und der spezifische Legitimationseffekt zugunsten des Gläubigers eigen. Diejenigen Wertpapiere sind daher im Zweifel als Inhaberkarten, -marken zu qualifizieren, die typischerweise umlaufen. Auch wenn das Papier nur ausnahmsweise umlaufen sollte, ist es zu den Inhaberzeichen zu rechnen, falls die Ausgabe der Papiere anonym erfolgt oder das zugrundeliegende Geschäft in einer Form abgeschlossen wird, daß der Vorleger des Papiers seine Gläubigerposition in zumutbarer Weise nur mit Hilfe des Papiers nachzuweisen vermag. Das ist z.B. bei einem Kinobillet der Fall, während bei einer Garderobenmarke der Hinterleger seine Gläubigerposition unschwer dadurch glaubhaft zu machen imstande ist, daß er auf verdeckte Eigenheiten des in Verwahrung gegebenen Gegenstandes hinweist. Es ist allerdings nicht viel an Rechtssicherheit gewonnen, wenn man diese Auslegungskriterien in verkürzter Form gesetzlich fixiert. Im Einzelfall ist doch nach der Gesamtheit der Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrssitte sowie Treu und Glauben zu entscheiden, ob dem Gläubiger die Vermutung seiner Aktivlegitimation und der Umlaufschutz zugute kommen sollen. Es empfiehlt sich daher, im Grundsatz an der Formulierung des § 807 BGB festzuhalten.

2. Inhaberaktie

Die Inhaberaktie hat sich als Wertpapier im BGB kaum niedergeschlagen. Nur in § 935 (2) BGB ist sie mittelbar erwähnt. Auch im AktG wurde darauf verzichtet, sie eingehender zu regeln. Diese Abstinenz des Gesetzgebers läßt sich damit erklären, daß er davon ausging, daß Inhaberaktien weitgehend nach den Regeln der Inhaberschuldverschreibungen behandelt werden würden. Sieht man von dem Problem des gutgläubigen Erwerbes in besonderen Konstellationen ab, auf die noch näher einzugehen ist, so hat sich diese Erwartung durchaus erfüllt. Verfolgt man freilich stärker das Ziel, alle Wertpapiere, die für Privateute in größerem Umfang ins Gewicht fallen, im BGB zu regeln, so sollte in das BGB eine Vorschrift aufgenommen werden, die das Recht der Inhaberschuldverschreibung auf die Inhaberaktie im wesentlichen für anwendbar erklärt. Diese Norm könnte als „Aufhänger“ für die Erörterung wertpapierrechtlicher Fragen der Inhaberaktie im BGB dienen. Sie würde zugleich sicherstellen, daß die Praxis in Zukunft Fragen des gutgläubigen Erwerbes in Parallele zur Entwicklung des gutgläubigen Erwerbes im WG/SchG lösen wird.

Die Verweisung auf das Recht der Inhaberschuldverschreibung kann allerdings nicht umfassend ausfallen. Es ist nämlich zum einen zu berücksichtigen, daß das AktG in den §§ 72 ff. ein besonderes Aufgebotsverfahren für alle Arten von Aktien und Zwischenscheine kennt, das dem BGB anzugleichen zu aufwendig wäre. Zum anderen ist zu beachten, daß sich im Vergleich zum Recht der Inhaberschuldverschreibung Besonderheiten aus dem Wesen des verbrieften Aktienrechts ergeben können. Dabei ist nicht zu sehr an den Umstand zu denken, daß sich Inhalt und Umfang der Befugnisse des Aktionärs nach dem Aktienrecht richten (vgl. Lutter, in Kölner Kommentar z. AktG [1979], Anh. § 68 Anm. 25); denn hier läßt sich ohne weiteres eine Parallele zu den typusbezogenen Inhaberschuldverschreibungen ziehen, bei denen sich bestimmte Einwendungen – mittelbar – aus der Urkunde ergeben (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 914). Erheblich könnten Besonderheiten des Aktienrechtes vielmehr z.B. in dem Fall werden, daß der Vorstand der AG mehr

Aktien druckt und in den Verkehr bringt, als Mitgliedschaftsrechte begründet worden sind. Die ganz h.M. vertritt hier die Ansicht, daß ein gutgläubiger Erwerb unmöglich sei (vgl. Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 153; Lutter, a.a.O., Anh. § 68 Anm. 10 ff.), während Canaris (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 195) mit beachtlichen Gründen zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt. Die hier angeschnittene Frage ist bislang, soweit ersichtlich, praktisch noch nicht relevant geworden. Sie gesetzgeberisch zu klären, würde zuviel Aufwand bedeuten. Es empfiehlt sich daher für den Gesetzgeber, in der Verweisung auf das Recht der Schuldverschreibung einen Vorbehalt des Inhalts aufzunehmen, daß Besonderheiten des Aktienrechts unberührt bleiben.

3. Inhaberanteilsscheine

Die Anteilsscheine haben im Gefolge des Aufschwungs der Kapitalanlagegesellschaften wesentliche Bedeutung gerade auch für die sog. kleinen Anleger erlangt. Soweit ersichtlich, werden Anteilsscheine ausschließlich in Form von Inhaberpapieren begeben. In das BGB haben unter wertpapierrechtlichem Aspekt die von den Kapitalanlagegesellschaften ausgegebenen Anteilsscheine keinen Eingang gefunden. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr im KAGG bemüht, eine einigermaßen geschlossene Regelung wertpapierrechtlicher Fragen zu schaffen. So werden in § 24 KAGG mehrere Vorschriften des BGB und § 72 AktG nahezu wortgleich übernommen. Seltsamerweise wird in der gleichen Vorschrift aber auch auf das BGB verwiesen (§ 24 (2) KAGG). Unklar ist die wertpapierrechtliche Tragweite des § 21 (1) 3 KAGG, der vorschreibt, daß bei Anteilsscheinen, die in den Verkehr gelangt sind, ohne daß der Ausgabepreis dem Sondervermögen zugeflossen ist, die Kapitalanlagegesellschaft den fehlenden Betrag in ihr Sondervermögen einzulegen hat. Auf diese Vorschrift ist noch näher einzugehen. Auf das BGB, d.h. auf die sachenrechtlichen Übertragungsformen verweist § 18 (1) 2 KAGG, der bestimmt, daß die Anteilsscheine auf Inhaber lauten können. Falls sie – zulässigerweise – auf Namen lauten, sind sie wie die Namensaktien geborene Orderpapiere. In § 18 (1) 3 KAGG sind besondere Regelungen über die Ausstellung der Anteilsscheine getroffen. Natürlich normiert das KAGG nicht sämtliche wertpapierrechtliche Fragen, die mit der Ausgabe von Inhaberanteilsscheinen verbunden sind. Es fehlt z.B. eine Regelung über den einwendungsfreien Erwerb oder die Liberationswirkung. Diese Lücke schließen nach allgemeiner Ansicht die Regeln über die Inhaberschuldverschreibung, wobei nur streitig ist, ob diese Regeln unmittelbar (Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 158 f.) oder lediglich analog (Canaris, Großkommentar z.HGB, Anh. § 357 Anm. 1116; Baur, Investmentgesetz [1970], § 18 Anm. I m.w.Nachw.) zum Tragen kommen.

Soweit in Literatur und Rechtsprechung ersichtlich, haben sich unter spezifisch investimentrechtlicher Sicht nur zwei Probleme ergeben, die in vergleichbarer Weise bei Schuldverschreibungen nicht auftauchen. Bislang haben beide Probleme noch nicht zu greifbaren Streitigkeiten geführt. Das erste Problem resultiert aus der unklaren Fassung des § 21 (1) 3 KAGG. Die Formulierung der Vorschrift legt den Schluß nahe, daß Anteilsscheine, die unter Verstoß gegen § 21 (1) 1 KAGG ausgegeben oder sonst in den Verkehr gelangt sind, voll wirksam sind. Canaris (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 201; Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 1117) vertritt hingegen mit guten Gründen die These, daß auch bei der Ausgabe von Anteilsscheinen die allgemeinen Regeln über den einwendungsfreien Erwerb zum Tragen kommen, so daß erst der Zweiterwerber geschützt sei. – Das zweite Problem hängt mit den praktischen Besonderheiten der Ausgaben von Investmentanteilen zusammen. Die Kapitalanlagegesellschaft muß nicht notwendig auf der Grundlage des sogenannten open-end-Prinzips neue Anteilsscheine emittieren. Sie kann auch alte Anteile, die sie zurückgekauft hat, neu an die Erwerber ausgeben. Tut sie das, so stellt sich die Frage, ob der Erwerber eines „alten“ Anteils im Sinne des Einwendungsausschlusses als Zweiterwerber zu behandeln ist. Wegen der funktionellen und wirtschaftlichen Gleichwertigkeit dieser Form

des Zweiterwerbs mit dem Ersterwerb will Canaris (Großkommentar z. HGB, Anh. 357 Anm. 1174) einen rechtswirksamen Erwerb auch dort, wo sich der Schutz des gutgläubigen Erwerbers an Art. 16 WG orientiert, verneinen, falls der Begebungsvertrag zwischen Kapitalanlagegesellschaft und Erwerber wegen Fehlens der Vertretungsmacht oder eines Mangels der Geschäftsfähigkeit unwirksam ist. Theoretisch kann es auch beim Rückkauf und anschließender Neuausgabe von Anleihen zu vergleichbaren Problemen kommen.

Unter dem Gesichtspunkt der Frage, ob das Wertpapierrecht des BGB ergänzt und neu geordnet werden soll, brauchen diese Probleme nicht gelöst zu werden. Sie liegen am Rande und werden kaum praktische Relevanz erlangen. Es genügt hier, gegebenenfalls wie bei der Inhaberaktie eine Art Öffnungsklausel vorzusehen. Schwierigkeiten bereitet deshalb allein die Frage, ob es sich empfiehlt, den Inhaberanteilsschein ausdrücklich in das BGB aufzunehmen und die wertpapierrechtlichen Regeln aus dem KAGG herauszulösen.

Die Normierung des Anteilsscheins im KAGG hat der Rechtssicherheit keinen Abbruch getan. Der Rechtsanwender, der mit Anteilsscheinen zu tun hat, erwartet, die für Anteilsscheine geltenden Regeln im KAGG vorzufinden. Aus dieser Perspektive besteht keinerlei Anlaß, den Anteilsschein im BGB anzusiedeln. Will man jedoch den Inhaberanteilsschein in das BGB überführen, weil er für Privatpersonen eine erhebliche Rolle spielt, so ist dies ohne Komplikationen realisierbar. Die im BGB für Inhaberanteilsscheine zu schaffende Vorschrift müßte auch die Formvorschrift des § 18 (1) 3 KAGG übernehmen. Die technischen Varianten der Unterzeichnung müßten wie bei Inhaberschuldverschreibungen erweitert werden. Im übrigen könnte auf das Recht der Inhaberschuldverschreibung verwiesen werden. Dies hat zur Folge, daß § 24 (2), (3) KAGG weitgehend entfallen kann; denn insoweit finden sich parallele Regelungen in den §§ 793–7, 793–8, 793–9. Nur § 24 (2) 3 KAGG, der § 72 (2) AktG nachgebildet ist, sollte stehen bleiben. Ihn in das BGB aufzunehmen, erscheint nicht als ratsam, weil dazu seine praktische Relevanz zu gering ist.

II. Recht der Orderpapiere

1. Vorbemerkung

Wie oben (s. o. I 4 c) ausgeführt wurde, empfiehlt es sich insbesondere aus Gründen der Systematik, das Recht der Orderpapiere im Wertpapierrecht des BGB nicht gänzlich zu übergehen. Eine Überarbeitung des BGB bietet Gelegenheit, spezifisch orderpapierrechtliche Normen in das BGB aufzunehmen. Damit würde man im BGB ein komplettes Bild der in der Rechtsordnung verfügbaren Wertpapierformen zeichnen und zugleich für andere Formen der Orderpapiere (Namensaktie, Namensanteilsschein) die maßgeblichen Normen für die wichtigsten Regelungskomplexe „Übertragung, gutgläubiger Erwerb, Einwendungsausschluß, befreiende Leistung“ vorgeben. Es sei allerdings angemerkt, daß derzeit Orderpapiere aus der Sicht von Privatpersonen keine besonders große Rolle spielen, was nicht zuletzt damit zusammenhängt, daß es für die Banken, die in besonderem Maße mit Wertpapieren zu tun haben, äußerst mühsam ist, von Fall zu Fall die Ordnungsmäßigkeit der Indossamentenkette zu überprüfen. Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, daß jederzeit wieder ein Bedürfnis nach stärkerem Einsatz von Orderpapieren entstehen kann, da das Orderpapier dem Inhaber einen nicht zu unterschätzenden Vorteil bietet. Es sichert ihn nämlich in gewissem Umfang vor einem Verlust infolge gutgläubigen Erwerbes, weil die Notwendigkeit, ein Indossament zu fälschen, eine nicht zu unterschätzende psychologische Barriere aufstellt.

2. Numerus clausus der Orderpapiere?

Hält man es für sachgerecht, im Rahmen der Überarbeitung des Wertpapierrechts in das BGB Vorschriften über Orderpapiere aufzunehmen, so sollte bei dieser Gelegenheit auch die Entscheidung des HGB-Gesetzgebers für einen numerus clausus der Orderpapiere überprüft werden.

Das HGB hat bekanntlich die Zahl der gekorenen Orderpapiere stark beschränkt. Es stellt nur bestimmte Typen und diese ausschließlich Kaufleuten zur Verfügung. Diese Entscheidung für ein Enumerationsprinzip wird von dem Gedanken getragen, die Sicherheit des Handelsverkehrs verlange allgemein bekannte Typen von Orderpapieren. Zum anderen mag die Vorstellung eine Rolle gespielt haben, daß der Kaufmann, der nicht schon Erfahrung mit den gebräuchlichen Orderpapieren gesammelt hat, die Nachteile eines Papiers mit Orderklausel im Hinblick auf Gutglaubensschutz und Verlust der Einwendungen für zu gering erachten würde und daher vor der Verwendung der Orderklausel geschützt werden müsse. Die vom HGB zugelassenen Typen haben sich inzwischen als zu starr erwiesen. Sie waren nicht in der Lage, neuen wirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang insbesondere an das Durchkonossement im Containerverkehr und das Dokument des kombinierten Transportes. Im neueren wertpapierrechtlichen Schrifttum wird deshalb trotz des Enumerationsprinzips eine Erweiterung der Typenvielfalt im Wege der Analogie vertreten. Das Schweizerische Recht kennt überhaupt keinen mit § 363 HGB vergleichbaren numerus clausus für schuldrechtliche Orderpapiere. In § 1145 (1) OR findet sich die Regel, daß ein Wertpapier als Orderpapier gilt, wenn es auf Order lautet oder vom Gesetz zum Orderpapier erklärt wurde. § 1152 (1) OR erlaubt auch Nichtkaufleuten, Orderpapiere auszustellen, die durch Indossament übertragen werden. Gleiches gilt im amerikanischen Recht.

Der Verzicht auf einen numerus clausus der schuldrechtlichen Orderpapiere wird, soweit dazu Stellung genommen wird, nicht durchwegs als opportun bezeichnet. So vertritt Canaris (Großkommentar z. HGB, § 363 Anm. 2 ff.) die Ansicht, daß die Einführung eines Typenzwanges für Orderschuldverschreibungen im Gegensatz zu der großzügigen Zulassung von Inhaberschuldverschreibungen gar nicht derart sachwidrig sei, wie dies auf den ersten Blick scheinen möge. Die Ausstellung eines Papiers auf den Inhaber habe nämlich wesentlich stärkere Warnfunktionen als eine Orderklausel; denn ein Nichtkaufmann werde deren außerordentliche Gefährlichkeit (Einwendungsausschluß!) häufig nicht erkennen, sondern die Orderklausel für eine belanglose Floskel halten, während bei einem Inhaberpapier der Umlaufzweck und der gesteigerte Schutz des Berechtigten bereits durch die besondere Ausgestaltung des Versprechens nahegelegt werden.

Inwieweit heute in den nicht-kaufmännischen Verkehrskreisen, die eine Orderschuldverschreibung ausstellen könnten (z.B. freie Berufe), die Gefahr besteht, daß die Gefährlichkeit einer Orderschuldverschreibung verkannt wird, läßt sich exakt nur aufgrund einer rechtstatsächlichen und rechtsvergleichenden Untersuchung, die die schweizerischen und amerikanischen Erfahrungen berücksichtigt, ermitteln. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Orderklausel von Nichtkaufleuten häufig als bloße Floskel verstanden wird, so geht die Verwendung dieser Floskel nicht notwendig zu Lasten des Ausstellenden; denn es ist zu berücksichtigen, daß die Orderklausel nicht ohne weiteres das Risiko eines Einwendungsausschlusses auslöst. Wie nämlich Canaris (Großkommentar z. HGB, § 363 Anm. 16) selbst zu Recht hervorhebt, muß aus der Sicht der in Betracht kommenden Verkehrskreise der Wille zur Schaffung eines Wertpapiers, und sei es auch nur eines Rektapapiers, erkennbar sein. Ein derartiger Wille läßt sich aus einer Orderklausel nicht immer ableiten. Die Auslegung der Urkunde im Lichte der Verkehrssitte, derzufolge Wertpapiere nur ausgestellt zu werden pflegen, wenn ein Bedürfnis für gesteigerte Fungibilität besteht, wird somit

in den kritischen Fällen in aller Regel ergeben, daß der Aussteller kein Orderpapier schaffen wollte. Zum anderen hat eine strenge Typisierung der Orderpapiere, zumal wenn sie an enge Voraussetzungen gebunden wird, leicht die Gefährdung gerade der geschäftlich unerfahrenen Erwerber zur Folge, die meinen, ein echtes Orderpapier erworben zu haben, in Wirklichkeit aber nur ein sog. ziviles Orderpapier, d.h. ein Rektapapier, in Händen halten. Sicher kann man die Erwerber in Grenzen durch eine analoge Anwendung des Rechts der Orderpapiere und mit Hilfe allgemeiner Grundsätze der Rechtsscheinhaftung schützen. Der Umfang dieses Schutzes ist jedoch keineswegs klar konturiert. So behauptet z.B. Canaris (Großkommentar z. HGB, § 363 Anm. 8a, 69) gegen die h.M. in Fällen, in denen auf die Orderpapiereigenschaft vertraut wird, die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes. Welche Ansicht sich durchsetzen wird, läßt sich derzeit nicht absehen. Es ist durchaus damit zu rechnen, daß eine derartige Analogie verworfen wird, da sie ja auch zu Lasten des früheren Inhabers ausschlägt, der sich auf die fehlende Orderpapiereigenschaft und die Unmöglichkeit gutgläubigen Erwerbes verlassen haben kann. Selbst wenn man sie de lege ferenda festschreiben wollte, bliebe der Schutz des Erwerbers unvollkommen, da er sich in großem Umfang der Gefahr von Einwendungen ausgesetzt sähe. Wägt man die Vor- und Nachteile eines Verzichts auf den *numerus clausus* der Orderpapiere gegeneinander ab, so erscheint es gerade auch im Interesse der Offenheit der Rechtsordnung für neue Entwicklungen als ratsam, der Privatautonomie mehr Raum zu geben und Orderschuldverschreibungen in dem Rahmen zuzulassen, in dem Inhaberpapiere ausgestellt werden können.

3. Orderschuldverschreibung

a) Ausstellung

Orderpapiere werden wohl auch in Zukunft überwiegend privatschriftlich ausgestellt werden. Es sollte aber bei allen Typen von Orderschuldverschreibungen eine Unterschrift „auf technischem Wege“ zugelassen werden. (So schon de lege lata bei Massenemissionen Canaris, Großkommentar z. HGB, § 363 Anm. 14 m.N.) Damit trägt man der Entwicklung im Bereich der Namensanteilscheine (§ 18 (1) KAGG) sowie der Aktien (§ 13 AktG) Rechnung. Die mechanische Vervielfältigung wird auch im Entwurf der BSchO für die vom Bund ausgestellten Schuldverschreibungen für zulässig erklärt. Es besteht kein Anlaß, die Vorteile einer technischen Unterschrift auf diese Wertpapiere zu beschränken.

b) Übertragung

Die Form des Indossaments muß aus dem WG, SchG übernommen werden, soweit sie mit der Figur der Orderschuldverschreibung im Einklang steht. Auf das Erfordernis eines unbedingten Indossaments kann deshalb verzichtet werden. Art. 12 WG ist mithin auf die Orderschuldverschreibung nicht analog anwendbar (so de lege lata auch Canaris, Großkommentar z. HGB, § 365 Anm. 8 gegen die h.M.). Nicht notwendig ist es auch, daß ein Blankoindossament auf die Rückseite der Urkunde gesetzt wird, da nur bei der Anweisung die Möglichkeit einer Verwechslung mit einer Annahmeerklärung entsteht. Ebenso wie bei der Inhaberschuldverschreibung kann eine Übertragung durch Zession zugelassen werden. Auch die Frage des gutgläubigen Erwerbes ist in Parallele zum Recht der Inhaberschuldverschreibung zu lösen. Es ist jedoch den unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen Rechnung zu tragen. Wie im Recht der Inhaberschuldverschreibungen muß man darauf verzichten, Streitfragen, die bei der Interpretation der Parallelvorschriften Art. 16 WG, 21 SchG aufgetaucht sind, durch einen Akt des Gesetzgebers zu entscheiden. Dies gilt auch für die Folgen einer Unterbrechung der Indossamentenkette durch Erbfolge oder Zession. Da die für die Übertragung maßgeblichen Parallelvorschriften des Scheckrechts ohnehin im BGB aufgenommen werden sollten, ist es möglich, den Gesetzestext kurz zu fassen und auf die „Art. 19, 21 SchG“ zu verweisen.

c) Einwendungsausschluß

Die Regelung des Einwendungsausschlusses im Recht der Inhaberschuldverschreibung kann ohne weiteres auf die Orderschuldverschreibung übertragen werden; denn sie wurde nach dem Vorbild des wichtigsten Orderpapiers, des Wechsels, konzipiert. Es ist lediglich klarzustellen, daß der Einwendungsausschluß nicht in Konstellationen einer einfachen Zession zum Tragen kommt. Es wird daher vorgeschlagen, in das Gesetz die Formulierung aufzunehmen, daß die Orderschuldverschreibung durch Indossament übertragen worden sein muß. Als Basis des Einwendungsausschlusses genügt auch eine Übertragung aufgrund eines Blankoindossaments durch einfache Übereignung.

Ungeregelt bleiben sollte das von Canaris (Großkommentar z. HGB, § 363 Anm. 39; § 364 Anm. 29) angeschnittene Problem, ob sich beim Ladeschein oder Konnossement schon der Empfänger der Sendung, der regelmäßig mit dem ersten Nehmer des Ladescheines bzw. Konnossements identisch ist, auf den Einwendungsausschluß berufen darf. Canaris bejaht dies in Durchbrechung des von ihm postulierten Grundsatzes, daß das Wertpapier erst umgelaufen sein muß, bevor der Einwendungsausschluß zum Tragen kommt; denn bei Ladescheinen und Konnossementen werde der Begebungsvertrag typischerweise mit einer anderen Person als dem ersten Nehmer, der nach dem Parteivillen ersichtlich eine selbständige Position erlangen soll, getätigt. Unter dem Aspekt einer Überarbeitung des BGB kann dahingestellt bleiben, ob der Ansicht von Canaris zu folgen ist oder ob generell der Einwendungsausschluß auch im Rahmen der unmittelbaren Beziehungen zuzulassen ist. Zum einen stellen nämlich Ladeschein und Konnossement typisch handelsrechtlich Papiere dar, die im Verhältnis zu Privatleuten kaum eine Rolle spielen. Zum anderen impliziert eine gesetzliche Lösung eine Stellungnahme zum Umfang des gutgläubigen Erwerbes und der Relevanz der Skriptur, die vermieden werden muß, wenn man nicht mittelbar in den Bereich des Einheitsrechts hineinwirken will.

Der Vorschlag für die Formulierung des § 793-4 trägt diesen Überlegungen Rechnung; denn er schließt nur – in einer Negativfassung – gegenüber späteren Erwerbern bestimmte, den unmittelbaren Beziehungen entspringende Einwendungen aus, sagt aber nichts darüber aus, ob dem ersten Nehmer alle Einwendungen aus den unmittelbaren Beziehungen zum Aussteller entgegengehalten werden dürfen.

Die hier vorgeschlagene Neuordnung des Rechts der Orderschuldverschreibung zieht natürlich eine Neufassung der §§ 364 f. HGB nach sich. Die Neufassung ist ohnehin überfällig, da die zu diesen Vorschriften vertretenen Interpretationsergebnisse in keiner Weise mehr durch deren Wortlaut gedeckt werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob es angebracht ist, für die vom Bund ausgestellten Orderpapiere eine besondere Kategorie von Einwendungsausschlüssen vorzusehen. Der Entwurf der BSchO v. 25.3.80 scheint eine besondere Form eines Einwendungsausschlusses einzuführen. In § 25 (1) und (3) vermischt der Entwurf auf undurchsichtige Weise das Recht der Inhaber- und Orderpapiere. Die Formulierung in § 24 (3) legt die Vermutung nahe, daß der Bund als Aussteller von der Gefahr eines Mißbrauchs der auf technischem Wege unterzeichneten Papiere auch dann befreit werden soll, wenn ihm der Mißbrauch zuzurechnen ist. Es ist nicht ersichtlich, warum zugunsten des Bundes als Aussteller Sondervorschriften erforderlich sind. Im Interesse einer Beschränkung des Rechtsstoffes sollte man Normen, die von den allgemein geltenden Vorschriften abweichen, nur zulassen, wenn sie zum Schutz besonders gewichtiger Interessen notwendig sind. Dazu zählt nicht das finanzielle Interesse des Staates an der Begrenzung der Emissionsrisiken.

d) Leistungspflicht und Liberationseffekt

Die Leistungspflicht des Ausstellers gegenüber dem legitimierten Inhaber der Orderschuldverschreibung, die Wirkung der Leistung an einen Nichtberechtigten sowie der Eigentums-

erwerb an der Urkunde im Falle befreiender Leistung ist parallel zum Recht der Inhaberschuldverschreibung zu regeln. Mit Ausnahme der unterschiedlichen Legitimationsbasis ergeben sich nämlich keinerlei Besonderheiten. Zur Lösung der Frage, welche Legitimationsbasis maßgeblich ist, wird auf das Scheckrecht (Art. 19, 35 SchG) verwiesen.

e) Aufgebot und Ersatzurkunde

Auch das Aufgebot ist in Parallele zum Recht der Inhaberschuldverschreibungen zu ordnen. In § 365 (2) 2 HGB sollte die Möglichkeit, gegen Sicherheitsbestellung Leistung zu fordern, aufrechterhalten bleiben. Sie ist insbesondere für warenrechtliche Papiere bedeutsam. Im übrigen spielt die Sicherheitsleistung jedoch kaum eine Rolle. Geringwertige Orderschuldverschreibungen sind wie geringwertige Inhaberschuldverschreibungen zu behandeln. Der Anspruch auf Ausstellung einer Ersatzurkunde ist aus § 793–7 zu übernehmen.

f) Verjährung

Die Regelung der Verjährung kann ebenfalls in Übereinstimmung mit der Verjährungsvorschrift im Recht der Inhaberschuldverschreibung getroffen werden.

4. Sonstige Orderpapiere

Vom Scheck abgesehen, der unter der Rubrik „besondere Wertpapierformen“ geregelt werden soll, da er sowohl als Inhaber- als auch als Orderpapier ausgestaltet sein kann, spielen sonstige Orderpapiere für Privatpersonen keine wesentliche Rolle. Das gilt sowohl für die kaufmännischen Papiere des HGB (die Orderschuldverschreibung ausgenommen), den Wechsel, die Namensaktie (Rottenburg, Inhaberaktien und Namensaktien im deutschen und amerikanischen Recht [1967], S. 1, 12 ff.), den Zwischenschein als auch für den Namensanteilschein. Daran wird sich voraussichtlich auch nichts ändern. Es besteht daher kein Bedürfnis, diese Arten von Wertpapieren ausdrücklich im BGB zu erwähnen. Das Ziel eines einheitlichen und in sich widerspruchsfreien Wertpapiersystems ist dadurch hinreichend gewahrt, daß § 68 AktG und mittelbar auch § 18 (1) 3 KAGG auf das WG verweisen, mit dem das hier entwickelte Wertpapiersystem voll abgestimmt ist.

III. Recht der Namenspapiere

1. Vorbemerkung

Die sogenannten Namenspapiere als dritte neben den Inhaber- und Orderpapieren stehende Kategorie von Wertpapieren zeichnen sich der h.M. zufolge dadurch aus, daß der Rechtsinhaber ebenso wie bei den Inhaber- und Orderpapieren sein Recht nur geltend machen kann, wenn er Besitzer der Urkunde ist und vorlegen kann (sog. Vorlegungszwang), das Papier aber auf einen bestimmten bzw. bestimmbaren Gläubiger ausgestellt ist. Als negatives Abgrenzungskriterium kommt das Fehlen der Orderpapiereigenschaft hinzu. Diese tradierte Grenzziehung zwischen Wertpapieren und sonstigen Beweis- sowie Geschäftsurkunden klammert nicht ohne Willkür (L. Raiser, ZHR 101, 61) einfache Legitimationspapiere trotz der ihnen immanenten für Wertpapiere typischen Funktion der Liberation aus dem Kreis der Wertpapiere aus.

In dieser Untersuchung wird auf die Frage des Wertpapierbegriffes nicht näher eingegangen. Er soll auch weiterhin den Bemühungen um die Systematisierung eines Rechtsgebietes offen bleiben und nicht vorschnell durch eine Gesetzesvorschrift fixiert werden. Andernfalls wäre nämlich zu befürchten, daß die enge Verwandtschaft anerkannter Wertpapiere zu

ähnlichen Erscheinungen vernachlässigt werden würde, – ganz abgesehen von den Komplikationen auf dem bilanz- und steuerrechtlichen Sektor. Im folgenden sollen daher sowohl die Namens- als auch die einfachen Legitimationspapiere sowie die Kombination aus beiden, die qualifizierten Legitimationspapiere behandelt werden.

2. Befund

Der BGB-Gesetzgeber hat den Namenspapieren wenig Beachtung geschenkt. Dies ist nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, daß sie Grenzerscheinungen des Wertpapierrechts ohne einheitliche Lebensbedeutung darstellen und den verschiedensten Zwecken dienen. Im BGB geregelt sind die dem Wertpapier des öffentlichen Glaubens am nächsten verwandten Hypotheken-, Grundschild- sowie Rentenschuldbriefe. Ferner hat der Gesetzgeber in das BGB Vorschriften über die Anweisung und die qualifizierten Legitimationspapiere des § 808 BGB aufgenommen. Alle sonstigen Formen der Namenspapiere sind entweder überhaupt nicht gesetzgeberisch erfaßt oder in Sondergesetzen normiert. Zu denken ist hier etwa an den Rektawechsel bzw. Rektascheck, den Kux sowie die nicht an Order gestellten kaufmännischen Wertpapiere. § 4 (1) VVG weist die auf den Inhaber lautenden Versicherungsscheine der Gattung der qualifizierten Legitimationspapiere zu, § 9 RSchO eröffnet bei gewissen Rektaschuldverschreibungen der öffentlichen Hand die Möglichkeit eines einwendungsfreien Erwerbes.

Daß die mit dem Vorlegungszwang ausgestatteten Namenspapiere im BGB keine detaillierte Regelung gefunden haben, mag damit zusammenhängen, daß derartige Papiere so vielfältigen Zwecken dienen. Zu denken ist etwa an den Schutz eines Rechtsnachfolgers des Gläubigers und/oder Schutz des Gläubigers, der sich dagegen sichern will, daß Dritte sich als Gläubiger ausgeben und die Leistung erschwindeln. Der Vorlegungszwang kann ferner als Instrument eingesetzt werden, um dem Schuldner die Kontrolle der Berechtigung zu erleichtern. Er braucht sich grundsätzlich nicht auf sonstige Beweismittel einzulassen. Schließlich kann das mit einer Vorlageklausel versehene Papier auch als Quittungersatz dienen; denn die Rückgabe des Papiers macht die Ausgabe von Quittungen überflüssig.

Die Vielfalt der Erscheinungen des Namenspapiers, verbunden mit einer unzureichenden gesetzlichen Regelung, haben viele Fragen aufgeworfen, die auch im Verkehr mit Privaten erhebliche Schwierigkeiten bereiten. So macht etwa § 808 BGB nicht hinreichend deutlich, ob die Vorschrift unter anderem auch eine Auslegungsregel des Inhalts statuieren soll, daß im Zweifel jedes Namenspapier mit Liberationsklausel auch den Vorlegungszwang einschließt (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 203) oder ob sie ausschließlich für Papiere gilt, die beide Elemente aufweisen. Interpretiert man § 808 BGB als Auslegungsregel, so kommt man nicht umhin festzustellen, daß sie sich in der Praxis als viel zu grob erwiesen hat, um sicher beurteilen zu können, wann im Einzelfall ein einfaches und wann ein qualifiziertes Legitimationspapier vorliegt. So wird ein Namenspapier trotz seiner Ausstattung mit Liberationswirkung keinen Vorlegungszwang nach sich ziehen, falls wie häufig die Liberationswirkung nur ausbedungen wird, weil der Gläubiger relativ anonym ist, der Gläubiger andererseits selbst jedoch relativ gut in der Lage ist, seine Rechte nachzuweisen. Auch die Grenzen der Liberationswirkung sind ins Schwimmen geraten. Dem Wortlaut des § 808 (1) BGB zufolge tritt der Liberationseffekt bei Leistung an den nichtberechtigten Inhaber der Urkunde selbst dann ein, wenn der Schuldner wußte, daß der Inhaber der Urkunde zum Empfang der Leistung nicht berechtigt war. Eine ältere Lehre hatte versucht, die Reichweite der als verfehlt angesehenen Liberationsklausel dadurch einzuschränken, daß sie in derartigen Konstellationen dem wahren Gläubiger einen Anspruch aus § 826 BGB gab. Heute ist man sich einig, daß die Liberationswirkung selbst reduziert werden muß. Allerdings ist der Umfang der Reduktion streitig. Manche schließen sie nur im Fall positiver Kenntnis aus (OLG Karlsruhe, VersR 56, 217). Dem BGH (BGHZ 28, 368) zufolge schadet

dem Schuldner Kenntnis und sonstiges gegen Treu und Glauben verstoßendes Handeln. Eine neuere Lehre (E. Ulmer, a.a.O., S. 96 f.; Hueck/Canaris, a.a.O., S. 205; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 149 f.) versagt in Analogie zu Art. 40 WG dem Schuldner die Befreiung von seiner Schuld schon dann, wenn er die Nichtberechtigung des Inhabers des Namenspapiers grob fahrlässig nicht kannte. Wie im Rahmen des Art. 40 WG ist auch hier umstritten, ob die Befreiungswirkung im Fall der Leistung an nicht vollgeschäftsfähige Vorleger der Urkunde eintritt (vgl. Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 150). Gerade wenn man daran denkt, daß der Frage der befreienden Leistung bei Zahlungen auf Sparbücher erhebliche praktische Bedeutung zukommt, erscheint dieser Streit als besonders mißlich.

Ebenso offen ist die Antwort auf die Frage nach der Form, in der Namenspapiere übertragen werden. Anerkannt ist, daß Namenspapiere nach den Regeln der Übertragung von Forderungen umlaufen und daß § 952 BGB Anwendung findet. Ein gutgläubiger Erwerb ist nach ganz h.M. unmöglich. Ungeklärt ist aber, ob zur Zession der Forderung die Übergabe des Papiers hinzutreten muß. Eine ältere Lehre macht ähnlich den §§ 965, 967 (1) OR die Wirksamkeit einer Übertragung des Namenpapiers immer von der Übergabe abhängig (vgl. Jacobi, Ehrenbergs Handbuch, Bd. V, S. 440 ff.). Andere halten die Übergabe, außer in den gesetzlich besonders geregelten Konstellationen, bei alien Namensschuldverschreibungen sowie Rektawarenpapieren für erforderlich (E. Ulmer, a.a.O., S. 101), während in der neueren Lehre gänzlich auf das Übergabeerfordernis verzichtet wird (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 203 f. m. Nachw.; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 149). Da auch diese Frage z.B. für das Sparbuch, aber auch für Sparbriefe sowie Depotscheine sehr bedeutsam ist, sollte sie gesetzlich geklärt werden. Dies käme auch dem Geschäftsverkehr mit Namensschuldverschreibungen unter Kaufleuten zugute, der einen recht beträchtlichen Umfang angenommen hat.

Der Klärung bedarf ferner das Problem, wann im Falle des Verlustes eines Legitimationspapiers ein Aufgebot durchgeführt werden muß. Einer älteren Ansicht zufolge ist ein Aufgebot nur dort zulässig, wo es gesetzlich besonders angeordnet ist (Art. 90 WG, 59 SchG; §§ 14 RSchO; 808 (2) BGB; vgl. Raiser, ZHR 101, 47 f.; Jacobi, Ehrenbergs Handbuch, a.a.O., S. 437 f.). In der neueren Literatur ist die Ansicht im Vordringen, daß das Aufgebotsverfahren auch bei anderen Namenspapieren durchzuführen ist. Umstritten ist freilich, wie im einzelnen die Grenze zu ziehen ist. Während Canaris (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 5) ein Aufgebot überall dort für notwendig erachtet, wo die Geltendmachung des verbrieften Rechts von der Innehabung der Urkunde abhängt, zieht Ulmer (a.a.O., S. 100) die Grenzen bedeutend enger. Ein Aufgebotsverfahren sei nur dort am Platz, wo der Vorlegungszwang eingeführt worden sei, weil mit einem Umlauf des Papiers zu rechnen sei. Das Aufgebot sei ausgeschlossen, falls der Vorlegungszwang der Erleichterung der Kontrolle oder als Instrument diene, die Ausstellung einer Quittung zu ersparen. Ferner könne man bei Namenspapieren des täglichen Verkehrs auf ein Aufgebot verzichten (so auch Hildebrandt, a.a.O., S. 166).

In engem Zusammenhang mit der Frage nach dem Zweck des Vorlagezwanges steht das Problem, wann durch die Ausgabe eines Legitimationspapiers die Anwendung der §§ 407 f. BGB ausgeschlossen ist. Eine ältere Lehre (Jacobi, Ehrenbergs Handbuch, a.a.O., S. 203 ff.; L. Raiser, ZHR 101, 35 ff.) plädiert für die Verdrängung der §§ 407 f. BGB, falls das Papier mit einem Vorlegungszwang ausgestattet ist (so auch Hueck/Canaris, a.a.O., S. 10, wohl auch S. 205). Ulmer (a.a.O., S. 100 f.) will auch hier nicht ausschließlich an den Vorlegungszwang anknüpfen. Er stellt darauf ab, ob bei dem mit einem Vorlegungszwang ausgestatteten Namenspapier mit einem Umlauf zu rechnen ist. Das sei beispielsweise bei dem Rektawechsel oder Rektascheck nicht der Fall, weshalb § 407 BGB anwendbar bleiben müsse. Eine mittlere Position nehmen nach der Ansicht Ulmers die qualifizierten Ausweispapiere ein. Dort sei auf die Verkehrsauffassung Rücksicht zu nehmen, derzufolge es bei

einzelnen Papieren (z.B. Sparbuch) dem Schuldner häufig gestattet sei, dem ursprünglich Berechtigten auch ohne Vorlegung des Papiers eine Leistung zu erbringen, falls dieser den Verlust hinreichend glaubhaft gemacht habe. In einer solchen Konstellation sei der Schuldner durch § 407 BGB zu schützen.

Umstritten ist darüber hinaus, ob die Vorlegungsklausel den § 407 BGB gänzlich verdrängt und dem Alt-Gläubiger, der im Besitz der Urkunde verblieben ist, trotz Kenntnis des Schuldners von der Abtretung die Position der „Noch“-Berechtigung verleiht (dagegen L. Raiser, ZHR 101, 34 ff.).

Gegen diese in den Grundstrukturen weitgehend übereinstimmende h.M. hat in jüngster Zeit Kümpel (WM 1981, Beilage Nr. 1) den Einwand erhoben, daß dieses Verständnis der Rektapapiere den zum Umlauf bestimmten Namensschuldverschreibungen, die in der Geschäftswelt deshalb besondere Beliebtheit besäßen, weil sie nicht die genehmigungsrechtlichen, bilanz- und steuerrechtlichen Nachteile aufweisen, andererseits aber doch Wertpapiere darstellen, nicht gerecht werde. Mißlich sei zum einen, daß aus dem Vorlagezwang eine Restriktion des § 407 BGB abgeleitet werde. Der Ausschluß des § 407 BGB nötige den Gläubiger im Falle eines Verlustes des Papiers, ein Aufgebotsverfahren in die Wege zu leiten, das ihm viele Nachteile bringe. Er schlägt daher schon *de lege lata* vor, dem Schuldner als Aussteller des Namenspapiers den Einwand der befreienden Leistung an den ihm bekannten Gläubiger (§ 407 BGB) auch dann zu belassen, wenn dieser das Namenspapier bereits weiterübertragen hatte. Begründet wird diese These vor allem damit, daß ein Erwerber, der auf den Vorlagezwang vertraue, nicht schutzwürdig sei, da der Erwerber ja in der Lage war, den § 407 BGB durch eine Zessionsanzeige auszuschalten. Zur Steigerung der Fungibilität von Namenspapieren des Kapitalmarktes schlägt Kümpel weiter vor, einen weitreichenden Einwendungsausschluß zugunsten des gutgläubigen Erwerbers zuzulassen sowie den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten zu eröffnen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß der Gesetzgeber das Recht der Rekta- und Legitimationspapiere kaum durchdrungen hat. Zwar ist es den systematischen Bemühungen der Rechtswissenschaft inzwischen gelungen, hier weitgehend Klarheit zu schaffen, die freilich in jüngster Zeit wieder in Frage gestellt wurde (Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1). Jedenfalls bieten die unterschiedlichen Funktionen der Vereinbarung eines Vorlegungszwanges Anlaß für Differenzierungen, deren Ausmaß von Wertungsprämissen abhängt, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ableiten lassen. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber die Form der Übertragung gar nicht und die Reichweite der Befreiungswirkung eines Legitimationspapiers in einer heute nicht mehr akzeptablen Weise geregelt hat.

3. Gesetzgebungsvorschlag für Legitimations- und Namenspapiere ohne Sparbücher

Eine gesetzliche Regelung der Rekta- und Legitimationspapiere müßte sich folgende Ziele setzen. Sie sollte erstens die Vorschrift, die auf die Liberationsfunktion bezogen ist, von der Vorschrift trennen, die die Rechtsfolgen des Vorlegungszwanges erfaßt. Ferner soll sie den unterschiedlichen Zwecken des Vorlegungszwanges Rechnung tragen. Nach Möglichkeit sollten Auslegungsregeln die Zuordnung der einzelnen Papiere zu den verschiedenen Typen von Namenspapieren erleichtern. Schließlich sollte sie angesichts der Vielfalt der Namenspapiere darauf verzichten, der Lebenswirklichkeit entnommene Formen im BGB eingehender zu regeln. Dies kann natürlich nicht ausnahmslos gelten. So besteht kein Anlaß, die Spezialvorschriften über den Kux oder über die Hypotheken-, Grundschild- sowie Rentenschuldbriefe aus dem Zusammenhang zu reißen.

a) Legitimationsklausel

Relativ geringe Schwierigkeiten macht die Regelung der einfachen Legitimationspapiere. Im Lichte des § 808 (1) BGB sind hier vier Korrekturen des geltenden Rechts am Platz.

Zunächst muß klargestellt werden, daß der Gläubiger in der Urkunde nicht ausdrücklich benannt sein muß, sondern daß sich sein Name auch aus den Umständen ergeben kann. Ferner ist die Reichweite der Liberationswirkung an die der Inhaberschuldverschreibung und der Orderpapiere anzugleichen. Dabei empfiehlt es sich nicht, die Spezialfrage gesetzgeberisch zu lösen, ob auch an den nicht voll Geschäftsfähigen befreiend geleistet werden kann. Diese Frage ist im Wechselrecht offen. Um eine Synchronisation der Regelungen zu erreichen, wurde sie daher auch für den Bereich der Inhaber- und Orderschuldverschreibung offengelassen. Es mag allerdings vorgebracht werden, die von der h.M. im Wechselrecht vertretene Ansicht, daß auch an den nicht voll Geschäftsfähigen befreiend geleistet werden könne, sei nur auf Wertpapiere zugeschnitten, die in besonderem Maße umlauffähig seien. Diese Betonung der Umlauffunktion fehle den einfachen Legitimationspapieren. Der Einwand erscheint jedoch nicht ganz überzeugend. Obwohl einfache Legitimationspapiere keine Umlauffunktionen erfüllen, befindet sich doch der Schuldner, der Legitimationspapiere ausgibt, häufig in einer ähnlichen Situation. Der Vertragsschluß erfolgt massenhaft, jedenfalls aber in relativer Anonymität, die dem Schuldner bei der Einforderung der Leistung nicht nur die Überprüfung der Rechtsinhaberschaft, sondern auch die Überprüfung der Geschäftsfähigkeit erschwert. Man denke nur an den Fall, daß von einem Minderjährigen Gepäck in Verwahrung gegeben wird. Es empfiehlt sich daher, die Liberationsfunktion der Legitimationspapiere in Anlehnung an das Recht der Wertpapiere öffentlichen Glaubens auszugestalten. Dabei ist natürlich zu beachten, daß der Schuldner keinem so starken Leistungsdruck unterliegt, wie er z.B. im Wechselrecht existiert.

Einer Klarstellung bedarf die Reichweite der Legitimationswirkung. Der Wortlaut des § 808 (1) BGB legt es nahe, daß der Schuldner nur dann mit befreiender Wirkung leistet, wenn er die Leistung, so wie sie versprochen war, an den Inhaber des Legitimationspapiers erbringt. Der BGH (zuletzt WM 75, 733 ff.; NJW 76, 2211) hat daraus den Schluß abgeleitet, daß im Falle einer vorzeitigen Leistung der Schuldner an seine Verpflichtung gebunden bleibe; denn die Legitimationswirkung erstrecke sich nur auf diejenige Leistung, die der Aussteller in der Urkunde versprochen habe. Der Inhaber des Legitimationspapiers sei außerstande, mit Wirkung für den Gläubiger den Inhalt der Leistung abzuändern, etwa die Schuld vorzeitig fällig zu stellen. Dieser Ansicht wird in der Literatur überwiegend widersprochen (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 206; Schraepfer, NJW 76, 23 f. m.Nachw.; a.A. Pflug, ZHR 140 [1976], 175 ff.). Es wird insbesondere auf den in den §§ 407 (1), 574, 893, 1141 (1), 2367 BGB niedergelegten Rechtsgedanken verwiesen, demzufolge sich der Legitimationseffekt nicht ausschließlich auf die Leistung, sondern auch auf sonstige mit der Leistung im Zusammenhang stehende Rechtsgeschäfte erstreckt. Pflug (a.a.O., S. 175, 187 ff.) hat einer auf diesen Rechtsgedanken gestützten Analogie entgegengehalten, eine verbrieft Forderung folge anderen Gesetzmäßigkeiten als eine sonstige Schuld. Außerdem zeige Art. 40 (2) WG, daß der Gesetzgeber nur sparsamen Gebrauch von Erfüllungserleichterungen gemacht hat. – Die Entscheidung des BGH ist wesentlich an den unten noch eingehender zu diskutierenden Bedürfnissen des Sparverkehrs orientiert. So führt der BGH (WM 75, 735) aus, daß die „Einbeziehung der Leistungszeit . . . in den Begriff der versprochenen Leistung bei Sparbüchern . . . auch dem wohlverstandenen Interesse der am Sparverkehr Beteiligten“ entspreche. Die Reichweite der Legitimationswirkung von Legitimationspapieren darf indessen nicht ausschließlich auf deren Einsatz als Sparbücher zugeschnitten werden. Vielmehr hat man sich hier die ganze Bandbreite der Verwendung von Legitimationspapieren vor Augen zu halten. Man denke nur an den Fall einfacher Namensschuldverschreibungen, die mit einer Legitimationsklausel ausgestattet sind. Soll hier etwa im Falle einer nichtigen Zession eine befreiende Leistung daran scheitern, daß sich der Inhaber des Papiers aus Kulanz vorzeitig bereit erklärt, die Leistung in Empfang zu

nehmen? Als weiteres Beispiel wäre etwa auf den Reparaturschein zu verweisen. Auch hier muß der Schuldner darauf vertrauen dürfen, daß er befreiend leistet, falls er mit dem Vorleger des Papiers gewisse Modifikationen der Reparatur vereinbart hat. Jedenfalls de lege ferenda ist mithin die in den §§ 407 (1), 574 BGB niedergelegte Wertung, daß sich der Rechtsschein der Gläubigerstellung nicht nur auf die Berechtigung, die versprochene Leistung in Empfang zu nehmen, sondern auch auf sonstige Rechtsgeschäfte über die Leistung bezieht, zu übernehmen. Es wird dadurch kein Wertungswiderspruch zu Art. 40 (2) WG geschaffen; denn anders als bei der gesamten Gattung der Legitimationspapiere läßt sich bei einer bestimmten Gruppe von Orderpapieren, den Wechseln, klar sagen, daß eine vorzeitige Präsentation des Wechsels so ungewöhnlich ist, daß der Schuldner höchste Vorsicht walten lassen muß.

Problematisch ist der Erlaß einer Auslegungsnorm. Auch wenn sie nicht starr ist, so kann sie doch leicht einer sachgerechten Grenzziehung im Wege stehen. Wenn sie hier gleichwohl befürwortet wird, so deshalb, weil gerade auf dem Gebiet des Wertpapierrechts im weitesten Sinn Rechtssicherheit besonders wichtig ist. Der Rechtsverkehr soll möglichst zuverlässig darauf vertrauen können, daß eine Urkunde oder Marke Liberationseffekte nach sich zieht oder daß ihr der Befreiungseffekt fehlt, weil sie lediglich dem Ersatz einer Quittung dient. Die Vermutung einer Liberationswirkung hat daran anzuknüpfen, daß der Schuldner in Konstellationen, in denen er Leistungen massenhaft und in relativ anonymer Form verspricht, ein berechtigtes Interesse daran hat, die Berechtigung des Gläubigers nicht von Fall zu Fall auf eigenes Risiko nachprüfen zu müssen. Andererseits ist zu beachten, daß der Gläubiger seine Berechtigung unter Umständen anderweitig darzutun vermag. Ist dies zu bejahen, so ist es unangebracht, den Gläubiger auf ein Aufgebot zu verweisen, falls das Papier abhanden gekommen ist. Daraus folgt, daß diese beiden Elemente in die Auslegungsvorschrift aufgenommen werden müssen.

Hingegen sollte man die Auslegungsvorschrift des § 4 (1) VVG streichen. Der herrschenden Lehre zufolge soll § 4 (1) VVG allerdings ein Verbot der Ausgabe von echten Inhaberpapieren beinhalten (vgl. Nachw. bei Canaris, Großkommentar z. HGB, § 363 Anm. 53). Hält man die h.M. aus (hier nicht untersuchten) spezifisch-versicherungsrechtlichen Gründen für sachgerecht, dann sollte man jedenfalls in § 4 (1) VVG deutlicher herausstellen, daß die Ausgabe von Versicherungsscheinen auf den Inhaber unzulässig ist, damit solche Papiere erst gar nicht mehr unter der falschen Bezeichnung in Verkehr kommen. Folgt man hingegen mit Canaris (a.a.O.) der h.M. nicht und qualifiziert § 4 (1) VVG als Auslegungsvorschrift, so fördert sie bei den Erwerbern Irrtümer, die glauben, mit einem auf den Inhaber ausgestellten Versicherungsschein ein Inhaberpapier erworben zu haben. Die Streichung des § 4 (1) VVG zwingt die Versicherer, ihre Urkunden so auszugestalten, daß Mißverständnisse nicht zu besorgen sind.

b) Namenspapiere mit Vorlegungsklausel

Bei der gesetzlichen Erfassung der Namenspapiere ist vor allem den unterschiedlichen Funktionen des Vorlegungszwanges Rechnung zu tragen. Man hat mit anderen Worten zu berücksichtigen, ob der Gläubiger das Papier vorlegen muß, um potentielle Erwerber zu schützen, oder ob der Vorlagezwang lediglich Kontroll- und Rationalisierungsinteressen dient.

Diejenige Kategorie von Rektapapieren, die beschränkt Umlauffunktionen erfüllen soll, erfordert eine spezifisch wertpapierrechtliche Normierung. Für sie ist z.B. vorzusehen, daß die Vorlageklausel den Erwerber des Rechts davor schützt, daß der Schuldner gemäß § 407 BGB befreiend an einen früheren Gläubiger leistet, der nicht mehr im Besitz der Urkunde ist (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 205). In engem Zusammenhang damit steht die Regelung der Kraftloserklärung.

Ein besonderer gesetzlicher Typus der zum Umlauf bestimmten Namensschuldverschreibungen des Kapitalmarktes, bei dem § 407 auf Erfüllungsgeschäfte im weitesten Sinn nicht zur Anwendung kommt, braucht nicht geschaffen zu werden. Die bloße Anzeige der Zession bietet m.E. dem Zessionar, der sich auf den in der Namensschuldverschreibung verbrieften Vorlagezwang verläßt, keinen ausreichenden Schutz. Andererseits ist es für Emittenten, die dem Bedürfnis der Erwerber trotz Verlustes des Papiers vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens Zahlung zu erlangen (dazu Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1, S. 1 ff.), Rechnung tragen wollen, ein leichtes, durch einen Vermerk in der Urkunde § 407 BGB in mehr oder minder großem Umfang für anwendbar zu erklären (eingehender dazu Koller, WM 1981, 474).

Der Ausschluß des § 407 BGB und die Eröffnung des Aufgebotsverfahrens für Namenspapiere mit Vorlagezwang passen jedoch nicht für diejenigen Papiere, bei denen der Vorlagezwang nur die Kontrolle erleichtern soll (z.B. Monatskarte der Straßenbahn). Gleiches gilt für die Fallgruppe, in der der Zwang zur Vorlage und Aushändigung des Papiers an den Schuldner die Ausstellung einer Quittung erübrigen soll. In den beiden zuletzt genannten Fallgruppen besteht kein besonderes Bedürfnis, potentielle Erwerber des Rechts durch Einschränkung des § 407 BGB und ein Aufgebotsverfahren davor zu bewahren, daß an den Zedenten geleistet wird, da derartige Papiere vom Umlauf ausgeschlossen sind oder mit einem Umlauf nicht zu rechnen ist (vgl. Ulmer, a.a.O., S. 99).

Schwierigkeiten bereitet freilich die Trennung der verschiedenen Kategorien von Namenspapieren. Eine griffige Formulierung ist schwer zu finden. Zu weit geht wohl die Regel, daß eine Klausel des Inhalts, daß der Schuldner nur gegen die Vorlage des Papiers leisten muß oder darf, im Zweifel eine Einschränkung des § 407 BGB indiziere (so aber Hueck/Canaris, a.a.O., S. 21). Sachgerechter erscheint es, unmittelbar an den potentiellen Umlauf des Rechts anzuknüpfen. Die Frage ist nur, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Umlauf zu erwarten sein muß, um daran die Rechtsfolgen des Aufgebotsverfahrens sowie die Einschränkung des § 407 BGB zu knüpfen. Sicher kann es nicht darauf ankommen, daß das Rektapapier ausgestellt wurde, um den Umlauf zu erleichtern, daß es mit anderen Worten dem Umlauf dient. Dies würde potentielle Erwerber, die auf die Vorlageklausel vertrauen, zu wenig schützen. Andererseits würde man die Abwicklung von Geschäften zu sehr erschweren, wenn ein Aufgebotsverfahren auch in Konstellationen erforderlich wäre, in denen ein Umlauf des Papiers recht unwahrscheinlich ist. Man denke etwa an Gepäckscheine, die eine Vorlageklausel tragen. Als angemessen erscheint daher eine Mittellösung, die den potentiellen Erwerber eines Papiers mit Vorlageklausel dann schützt, wenn verkehrsbüchlich mit einem Umlauf und sei es auch nur in der Form der Verpfändung zu rechnen ist. Dies kann natürlich keine abschließende Regelung darstellen. Wie Ulmer (a.a.O., S. 98, 101) zu Recht hervorhebt, gibt es auch Fälle, in denen nach der Verkehrsauffassung oder der Satzung trotz einer Vorlageklausel ohne die Vorlage der Urkunde geleistet wird. Hier wäre es verfehlt, dem Schuldner den Schutz des § 407 BGB zu versagen. Rechtstechnisch lassen sich diese Fälle dadurch erfassen, daß man von vornherein eine erkennbare Begrenzung des Vorlagezwanges annimmt. Die Einschränkung des § 407 BGB kommt mithin Erwerbern eines in einem Rektapapier verbrieften Rechts insoweit zugute, als für Dritte erkennbar ein Vorlagezwang besteht und mit einer Übertragung des Rechts zu rechnen ist. Im einzelnen folgt daraus: § 407 BGB ist einzuschränken. Er gilt nicht, falls der Zedent nicht mehr im Besitz des Papiers ist. Ist er trotz Übertragung des Rechts zur Vorlage des Papiers im Stande, so findet § 407 BGB weiterhin Anwendung, da das Papier den Anschein der „Nochberechtigung“ erzeugt. Dieser Anschein der „Nochberechtigung“ geht allerdings entgegen Jacobi (Ehrenbergs Handbuch, a.a.O., S. 200 ff.) nicht so weit, daß er den Schuldner auch noch dann schützt, wenn der Schuldner trotz Kenntnis der Zession an den das Papier vorlegenden Alt-Gläubiger leistet (vgl. Raiser, ZHR 101, 34; Hildebrandt, a.a.O., S. 13).

Die Einschränkung des § 407 BGB erscheint aus der Sicht des Gläubigers nur dann als angemessen, wenn die Vorlageklausel nicht dazu führt, daß der Gläubiger bei einem Abhandenkommen des Papiers endgültig die Möglichkeit der Rechtsausübung verliert. Andererseits muß man den Schuldner, der sich nicht auf § 407 BGB berufen darf, davor sichern, zweimal leisten zu müssen. Zwei Wege bieten sich an. Zum einen, das Aufgebotsverfahren auf alle Rektapapiere der hier behandelten Gattung zu erstrecken (so schon de lege lata Hueck/Canaris, a.a.O., S. 5; Ulmer, a.a.O., S. 100; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 34). Es bietet sich aber auch an, eine an den § 804 BGB angelehnte Regelung zu treffen. Raiser (a.a.O., S. 51) schwebte zur Erleichterung des Rechtsverkehrs als Lösung die Festsetzung einer fünfjährigen Ausschußfrist seit Fälligkeit des verbrieften Rechts vor, nach deren Ablauf der Schuldner ungefährdet an den Gläubiger leisten darf, der den Verlust angezeigt hat, es sei denn, daß sich inzwischen ein Dritter unter Vorlage des Papiers gemeldet hatte. Diese Lösung hat allerdings den Nachteil, daß die Fälligkeit häufig von einer Kündigung abhängt, die nur dem Besitzer des Papiers zusteht. Um diesen Nachteil zu eliminieren, müßten Vorlegungsfristen eingeführt werden, die angesichts der Vielfalt der Papiere sehr lang sein müßten, um allen Varianten der Rektapapiere Rechnung zu tragen. Dies würde den Rechtsinhaber, dem das Papier abhanden gekommen ist, noch stärker belasten, als wenn man ihn auf das zugegeben schwerfällige Aufgebotsverfahren verweist. Im übrigen ist zu beachten, daß für Rektapapiere das Aufgebotsverfahren nur kraft dispositiven Rechts gilt. Der Schuldner ist deshalb kraft dispositiven Rechts durchaus in der Lage, eine dem § 804 BGB entsprechende Regelung einzuführen. Freilich muß diese Regelung entweder aus dem Papier hervorgehen oder im Verkehr bekannt sein, um sie dem Erwerber des Papiers entgegenhalten zu können.

Eine gesetzliche Ausnahme vom Aufgebotsverfahren ist in Anlehnung an § 807 BGB bei geringwertigen Rektapapieren des täglichen Verkehrs vorzusehen. Dem Gläubiger, der das Papier verloren hat, ist zuzumuten, daß er wegen der Einschränkung des § 407 BGB sein Recht nicht mehr ausüben kann, falls er außerstande ist, sich auf Kulanzbasis mit dem Schuldner zu einigen (vgl. Ulmer, a.a.O., S. 100; Hildebrandt, a.a.O., S. 166).

Kümpel (WM 1981, Beilage Nr. 1, S. 31 ff.) vertritt die Ansicht, daß schon de lege lata der für Inhaber- und Orderpapiere geltende Schutz des gutgläubigen Erwerbers vor Einwendungen des Schuldners auf die zum Umlauf bestimmten Namenspapiere des Kapitalmarktes ausgedehnt werden müsse, während die ganz h.M. dem Schuldner sämtliche Einwendungen beläßt, indem sie in vollem Umfang Zessionsrecht anwendet. Außerdem plädiert er dafür, auf diese Kategorie der Namensschuldverschreibung die Regeln des gutgläubigen Erwerbes anzuwenden. Dazu steht allerdings in gewissem Widerspruch, daß die Übertragung des Papiers unter Berechtigten nach Zessionsrecht erfolgt und auch die Aktivlegitimation gegenüber dem Schuldner nicht aus dem Besitz des Papiers ableitbar sein soll, sondern nach Zessionsrecht erfolgen soll. Immerhin ist de lege ferenda zu erwägen, ob man eine neue Variante von Namenspapieren schafft, die einerseits im Vergleich zu Inhaber- und Orderpapieren weniger umlauffreundlich sind, weil sie nicht gutgläubig erworben werden können und die Aktivlegitimation voll nachgewiesen werden muß, andererseits aber der Erwerber gegen Einwendungen des Schuldners abgesichert wird. Eine derartige neue Variante ist unter zwei Voraussetzungen wünschenswert, die hier nicht voll abgeklärt werden können. Zum einen muß sichergestellt sein, daß sich diese Namenspapiere, die besonders fungibel sein sollen, von normalen Rektapapieren, die ebenfalls, wenn auch in geringerem Umfang umlaufen, anhand von objektiven, für den Geschäftsverkehr relativ leicht erkennbaren Merkmalen abheben lassen. Zum anderen muß sichergestellt sein, daß kein Anlaß besteht, die für Inhaber- und Orderpapiere geltenden genehmigungsrechtlichen, steuer- und bilanzrechtlichen sowie bankrechtlichen Regeln auf diese Variante von Namensschuldverschreibungen anzuwenden. Die Übertragung des Rechts ist bei allen Papieren mit Vorlageklausel

einheitlich zu regeln. Es genügt die Abrede über die Abtretung des Rechts. Eine Übergabe des Papiers ist grundsätzlich nicht erforderlich (Ausnahme: z.B. Hypothekenbrief). Dem Interesse des Berechtigten, das Papier in seinen Besitz zu bekommen, tragen die §§ 402, 952 BGB hinreichend Rechnung (L. Raiser, a.a.O., S. 40). Ein gutgläubiger Erwerb findet, von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen (Hypothekenbrief) abgesehen, nicht statt. Im Interesse einer Beschneidung gesetzlicher Regeln auf das Notwendigste, sollte wohl auch bei Rektaschuldverschreibungen des Bundes oder der Länder in Zukunft auf einen Einwendungsausschluß im Sinne des § 9 RSchO verzichtet werden. Ein Interesse der öffentlichen Hand, die Ausgabe von Namenspapieren zu erleichtern, sollte in einer Form realisiert werden, die das System des Wertpapierrechts nicht sprengt, – gegebenenfalls durch Modifikationen bilanz- und steuerrechtlicher Regeln.

Regelungsbedürftig ist schließlich die Rechtsposition des Gläubigers, der ein Papier mit Vorlageklausel verloren hat, falls mit einem Umlauf des Rechts nicht zu rechnen ist. Denkbar ist es, einfach auf § 371 S. 2 BGB zu verweisen und den Vorlagezwang schon dann außer Kraft zu setzen, wenn ein Gläubiger behauptet, zur Vorlage der Urkunde außerstande zu sein. Eine solche Regelung sieht § 4 (2) VVG vor. Sie erscheint auch als angemessen. Würde man dem Gläubiger die Ausübung seines Rechts endgültig verwehren, der zum Nachweis des Verlustes außerstande ist, so würde man den Gläubiger zu stark belasten. Andererseits bleiben die typischen Interessen des Schuldners hinreichend gewahrt. Kein Gläubiger wird gerne ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis i.S.d. § 371 BGB ausstellen wollen. Der Schuldner muß daher nicht damit rechnen, daß ihm Gläubiger, die vorübergehend nicht in der Lage sind, das Papier vorzuweisen, die Kontrolle ihrer Berechtigung oder die Organisation des Betriebes dadurch erschweren, daß sie einfach behaupten, sie hätten die Urkunde verloren. Gegen das Risiko an einen ehemaligen Gläubiger zu leisten, der sein Recht samt Papier übertragen hat, schützt ihn § 407 BGB.

Bei Papieren mit Vorlageklausel wird mithin der Vorlagezwang durch einen Zwang, ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis über das Erlöschen der Schuld abzugeben, ersetzt, falls mit einer Übertragung des Rechts nicht zu rechnen ist. § 4 (2) VVG enthält keine Einschränkung dieses Inhalts. Er ist deshalb zu streichen oder im Interesse der Vereinheitlichung zu modifizieren, da ein Bedürfnis für eine Sonderregelung nicht erkennbar ist.

4. Sparbuch

a) Vorbemerkung

Die für Private wohl wichtigste Erscheinungsform des Namenspapiers stellt das Sparbuch dar, so wie es üblicherweise von Sparkassen und Banken ausgestellt wird. Das Recht des Sparbuchs, soweit es gesetzlich geregelt ist, ergibt sich unmittelbar bzw. mittelbar aus den §§ 808 BGB, 21 f. KWG. Daneben sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (z.B. Bedingungen für Sparkonten der Banken) und bei Sparkassen, die als Anstalten des öffentlichen Rechts betrieben werden, Satzungsnormen (dazu vgl. Beck, KWG, § 21 Anm. 113) zu beachten. Eine Spezialregelung für die mit dem Postspargbuch zusammenhängenden Rechtsfragen findet sich im Postgesetz (BGBl. I 1969, 1006) und in der Postsparkassenordnung (BGBl. I 1969, 2164).

Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Es empfiehlt sich nicht, eine wertpapierrechtliche Sonderregelung für Sparbücher in das BGB aufzunehmen. Die im Zusammenhang mit dem Sparbuch auftauchenden spezifisch wertpapierrechtlichen Fragen lassen sich auf der Grundlage der allgemein für Namenspapiere geltenden Norm jedenfalls dann sachgerecht und mit hinreichender Rechtssicherheit lösen, wenn man die vorgeschlagene Neufassung des § 808 BGB zugrunde legt. Anders wäre nur zu entscheiden, falls man eine Aufnahme der in den AGB und Satzungsnormen geregelten Rechtsfragen in das BGB für sachgerecht hielte. Damit würde man jedoch einen Trend zur Vereinheitlichung auslösen, der mit dem Ziel,

auch dem Konditionswettbewerb Raum zu geben, in Konflikt gerät. Die Einbeziehung von in Sondergesetzen geregelten Vorschriften erscheint deshalb allenfalls unter dem Aspekt des Darlehensrechts (Kündigung von Spargeldern: § 22 KWG) als angebracht.

b) Befund

Zunächst ist festzuhalten, daß das Sparbuch gesetzlich nicht typisiert ist. § 21 (1) KWG, der generell von Spareinlagen handelt, definiert als Spareinlagen alle Einlagen, die durch Ausfertigung einer Urkunde, insbesondere eines Sparbuches, gekennzeichnet sind. Sparbuch i.S.d. § 21 (1) KWG ist mithin lediglich eine Urkunde, die in Form eines Buches ausgestaltet ist. Über die wertpapierrechtliche Qualifikation des Buches ist damit nichts gesagt (Schork, KWG, § 21 Anm. 14). Theoretisch kann das Sparbuch im Kleid eines echten Inhaberpapiers erscheinen (a.A. Schork, KWG, § 21 Anm. 14), wie dies vereinzelt in der Schweiz geschieht (Glücksman, Die Rechtsnatur der Sparhefte, Diss. Zürich 1971, S. 48 ff.). Auch das entgegengesetzte Extrem, das Quittungsbuch, ist denkbar. In der Praxis ist heute das Sparbuch als qualifiziertes Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB ausgeformt (Schork, KWG, § 21 Anm. 14; Reischauer/Kleinhaus, KWG, § 21 Anm. 11).

In der Gestalt des qualifizierten Legitimationspapiers wirft das Sparbuch drei gewichtige wertpapierrechtliche Probleme auf, die im Zusammenhang mit einer Überarbeitung des Schuldrechts Anlaß zu der Überlegung geben, ob im Interesse der Rechtssicherheit eine Sonderregelung am Platz ist. Zum einen geht es um die Reichweite der Einschränkung des § 407 BGB durch den Vorlagezwang. Gemäß § 21 (4) KWG dürfen die Kreditinstitute Verfügungen über Spareinlagen nur gegen Vorlage des Sparbuchs zulassen. Im Gefolge dieser Vorschrift haben Banken und Sparkassen in ihren AGB sowie Satzungen auch im Verhältnis zu ihren Kunden einen Zwang zur Vorlage des Papiers angeordnet. Dieser Vorlagezwang ist dem Wortlaut nach umfassend. Aus der Sicht der Kreditinstitute ist derzeit ein privatrechtlicher Vorlagezwang unverzichtbar. Bei einem Verzicht auf den Vorlagezwang würden sie nämlich Gefahr laufen, unter der Voraussetzung des § 371 S. 2 BGB an einen Gläubiger leisten und dadurch gegen § 21 (4) KWG verstoßen zu müssen. Allerdings ist anzumerken, daß die Regelung des § 21 (4) KWG als überholt erscheint, zumal heute Termingelder wesentlich höher als normale Spargelder verzinst zu werden pflegen (vgl. Kümpel, WM 1981, Beilage Nr. 1, S. 14). Hiervon werden jedoch mit Billigung der Aufsichtsbehörde eine Reihe von Ausnahmen praktiziert. So werden z.B. ohne Vorlage des Sparbuches Daueraufträge zugunsten anderer Sparkonten erledigt (Schork, KWG, § 21 Anm. 36). Ferner erfolgen ohne Vorlage des Sparbuches Auszahlungen, falls der Sparer wegen Krankheit, längerer Abwesenheit oder in sonstigen dringenden Fällen nicht bei der Bank oder bei der Sparkasse erscheinen kann (Beck, KWG, § 21 Anm. 100). In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob sich das Kreditinstitut gegenüber einem Zessionar, der das Sparbuch in Händen hatte, darauf berufen kann, es habe von der Zession keine Kenntnis gehabt (§ 407 BGB). Vertritt man die Ansicht, daß das Sparbuch in seiner üblichen Form trotz des Vorlagezwanges kein echtes Rektapapier, sondern bloß ein Legitimationspapier sei, so kann das Kreditinstitut die nochmalige Auszahlung unter Hinweis auf § 407 BGB verweigern. Diese Position nehmen Schraepfer (NJW 1973, 1864 ff.) und Kümpel (WM 1981, Beilage 1, S. 14 ff.) ein, die in der Erwähnung des Vorlagezwanges in den AGB sowie Satzungen lediglich einen Hinweis auf § 21 (4) KWG sehen, denen die Kreditinstitute unterworfen seien. Im Verhältnis zu den Kunden bestehe mit unmittelbarer Wirkung kein Vorlagezwang. Im übrigen sei ein Gläubigerwechsel mit dem Ziel des Sparens unvereinbar. Er käme daher auch nur äußerst selten vor. Angesichts der geringen Wahrscheinlichkeit einer Zession bräuchten sich die Kreditinstitute auf stille Abtretungen nicht einzurichten, zumal der Gläubiger die Zession ohne großen Aufwand anzeigen könne. Außerdem biete die Übergabe des Sparbuches im Falle einer stillen Zession (etwa zu Sicherungszwecken) dem Zessionar auch bei einer Ausschaltung des § 407

BGB wenig Schutz, da der Zedent mit Eröffnung des Sparkontos ein AGB-Pfandrecht der Kreditinstitute eröffnet habe, das diese ohne Vorlage des Sparbuches wirksam valutieren könnten. Schließlich sei der Zessionar durch § 263 StGB hinreichend geschützt. Dem wird entgegengehalten, daß die Interessenlage durchaus für eine Ausschaltung des § 407 BGB spreche. Das Sparbuch habe gerade für den „kleinen Sparer“ den Charakter eines fungiblen Vermögensgegenstandes, dessen er sich z.B. zum Zweck der Sicherung von Schulden bedienen könne. Im übrigen würden Banken, die ohne Vorlage des Buches auszahlen, auf eigenes Risiko handeln, wenn sie dies ohne hinreichende Sicherheiten tun (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 205). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß eine Anzeige den Zessionar erst dann schützt, wenn sie vom Schuldner positiv zur Kenntnis genommen und die Abtretung für glaubhaft gehalten wurde. In der Zeit zwischen der Abtretung und der Kenntniserlangung durch den Schuldner besteht daher durchaus ein Bedürfnis, den Zessionar in seinem Vertrauen zu schützen, daß nur gegen Vorlage des Buches bar ausgezahlt oder in sonstiger Weise erfüllt wird. Das AGB-Pfandrecht würde zwar, wenn man trotz Ausschaltung des § 407 BGB nachträgliche rechtsgeschäftliche Valutierungen für zulässig erachtet, das Schutzbedürfnis des Zessionars verringern, aber doch nicht gänzlich ausschalten. Im übrigen erscheint es als naheliegend, einer Valutierung des Pfandrechts durch eine nach der Zession rechtsgeschäftlich gänzlich neu begründeten Forderung dem Zessionar gegenüber, nur im Rahmen des § 407 BGB für wirksam zu erklären, ihr also die Wirksamkeit dort zu versagen, wo § 407 BGB ausgeschlossen ist (Wertung des § 406 BGB als *lex specialis* gegenüber § 1209 BGB).

Der geschilderte Interessenkonflikt wird durch die hier generell für Namenspapiere vorgeschlagene Regelung sachgerecht gelöst. Einerseits muß der Erwerber eines Rechts, das in einer Urkunde mit Vorlegungspflicht verbrieft ist, darauf vertrauen dürfen, daß an Zedenten nicht ohne Vorlage der Urkunde geleistet wird, falls der Schuldner mit einer Zession rechnen muß. Derartige Zessionen sind bei Sparbüchern zwar relativ selten, aber doch – insbesondere in der Gestalt der Sicherungszession – zu erwarten. Die Möglichkeit einer Zession unter Übergabe des Sparbuchs, die den Zessionar gegen Verfügungen des Zedenten schützt, liegt auch im Interesse des Sparer, der auf diese Weise schnell sein Recht verwerten will. Die Kreditinstitute tragen diesem Interesse durchaus Rechnung; denn sie haben die Spareinlage weder im angeblichen Sinne der Sparidee einem Zessionsverbot (§ 399 BGB) unterworfen, noch die Zession ähnlich dem Postspargbuch oder den Namenslagerscheinen von einer Mitteilung der Zession (§ 23 (3) PostG; 48 Cc ADSp) abhängig gemacht. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die Ausschaltung des § 407 dem Sparer Nachteile bringen kann; denn die Kreditinstitute werden trotz der Rückendeckung durch die Aufsichtsbehörde etwa in Krankheitsfällen oder bei längerer Abwesenheit stärker zögern, ohne Vorlage des Sparbuchs Auszahlungen zu leisten. Hinreichende Sicherheiten stehen den Kreditinstituten nämlich bei den kleinen Sparern nur selten zur Verfügung. In dieser Situation stellt die allgemein für Namenspapiere vorgeschlagene Regelung (s. oben III 3 b) einen sachgerechten Kompromiß dar, demzufolge § 407 BGB dann eingreift, wenn im Einzelfall verkehrsrüblich mit einem Verzicht auf die Aushändigung der Urkunde gerechnet werden muß. Die Kreditinstitute können mithin ohne Risiko im üblichen Umfang auszahlen. Andererseits kann der Erwerber der Spareinlage davon ausgehen, daß über die Forderung nur verfügt wird, wenn der Sparer dem Kreditinstitut glaubhaft zu machen imstande ist, daß ihn ganz besondere Umstände an der Vorlage des Sparbuches hindern. Er hat daher hinreichend Zeit, durch die Anzeige der Zession und Kenntniserlangung durch den Schuldner seine Position umfassend zu sichern. Die hier vorgeschlagene allgemeine Norm für Rektapapiere bringt mithin eine Lösung, die einerseits den Sparer nicht allzu stark durch einen Vorlagezwang fesselt, andererseits den Erwerb der Forderung ohne sofortige Anzeige nicht allzu gefährlich macht. Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, daß die

Sparkassen das Aufgebot von Sparbüchern in mehr oder minder großem Umfang (Herbst, Rechtsfragen beim Sparkassenbuch [1978], S. 44 ff.) durch eine autonome Kraftloserklärung ersetzt haben; denn Voraussetzung einer Kraftloserklärung ist, daß die Vernichtung oder das Abhandenkommen infolge höherer Gewalt überzeugend dargetan wird.

Im Licht der oben (III 3 a) dargestellten Rechtsprechung des BGH zur Legitimationskraft des Sparbuchs erscheint auf den ersten Blick eine Einschränkung der hier für alle Arten von Legitimationspapieren vertretenen Reichweite des Liberationseffekts als angebracht. Es wird hier nämlich die allgemeine Regel propagiert, daß sich der Schuldner, dem ein Legitimationspapier vorgelegt wird, nicht nur darauf berufen darf, daß er den Vorleger des Papiers als zum Empfang der ursprünglich versprochenen Leistung berechtigt, sondern daß er ihn auch als befugt angesehen habe, andere Rechtsgeschäfte über die Leistung abzuschließen. Diese Regel kann zu den Zielen eines Sparererschutzes in Konflikt geraten. Der BGH vertritt hierzu de lege lata gegen die h.M. die Ansicht, daß das Sparbuch nur zur Entgegennahme der ursprünglich dem Gläubiger versprochenen und in der Urkunde verbrieften Leistung legitimiere. Vereinbarungen des Schuldners mit dem nichtberechtigten Inhaber des Papiers über eine im Papier nicht vorgesehene Modifikation der Leistung (z.B. vorzeitige Auszahlung) seien unwirksam. Dadurch werde der Sparer sinnvoll geschützt; denn er könne damit rechnen, daß von Nichtberechtigten kurzfristig lediglich relativ geringe Beträge abgezogen werden können und er damit hinreichend Zeit habe, sich durch eine Sperre vor einem Totalverlust zu sichern (ebenso Pflug, ZHR 140 [1976], 175 [191 ff.]). Dieser Schutz entspreche auch der Wertung des § 22 KWG, – eine These, die in der Literatur überwiegend abgelehnt wird (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 206; Pflug, a.a.O., S. 199).

Die Frage, die hier zu lösen ist, lautet nun nicht, ob de lege lata der Ansicht des BGH oder der in der Literatur herrschenden Auffassung der Vorzug zu geben ist. Es geht vielmehr allein um das Problem, ob eine auf den Durchschnitt der Legitimationspapiere ausgerichtete Norm durch eine Sonderregelung für Sparbücher ergänzt werden sollte. Hier ist nun nicht zu verkennen, daß die Rechtsprechung des BGH gerade dem kleinen Sparer erhöhte Sicherheit gegen Mißbrauch seines Sparbuchs verschafft; denn sie gibt ihm hinreichende Reaktionszeit, um sein Konto zu sperren oder ein Aufgebot in die Wege zu leiten. Andererseits scheint die vom BGH vertretene Lösung die Kreditinstitute mit zumutbarem Aufwand zu belasten. Die bei vorzeitigen Auszahlungen durch eine intensive Identitätsprüfung anfallenden Kosten sind ebenso wie die Kosten des Restrisikos relativ gut kalkulierbar und können auf alle Sparer verteilt werden. Die Sparer erlangen dadurch den Vorteil, daß sie nicht mit einem sofortigen Totalverlust hoher Summen konfrontiert werden. Im übrigen sind auch nicht allzu große Externalisierungen des Mißbrauchsrisikos abhanden gekommener oder veruntreuter Sparbücher zu befürchten; denn die Kreditinstitute haben inzwischen in ihren AGB einen Teil des Risikos zurückgewälzt, indem sie die Sparer verpflichteten, das Sparbuch sorgfältig aufzubewahren und Verluste sofort anzuzeigen. Im Ergebnis, so hat es den Anschein, würde ein auf der Linie des BGH liegender Sparererschut dem Sparer letztlich nur die Sicherheit vor Mißbräuchen verschaffen, die grundsätzlich zugunsten der Bankkunden gegen den Mißbrauch von Scheckformularen oder der Scheckkarte als angemessen zu bezeichnen ist (vgl. IV 2 a, 3 c dd). Wenn gleichwohl von einer Sonderregelung zugunsten der Sparer abgeraten wird, so hängt dies damit zusammen, daß den Sparern anders als den Inhabern von Scheckformularen über die sorgfältige Verwahrung der Papiere hinausreichende Sicherungseinrichtungen zur Verfügung stehen. Sie können nämlich üblicherweise die Legitimationskraft des Sparbuchs durch Vereinbarung von Kennwörtern, Kennziffern oder durch Ausweiskarten einschränken. Im Lichte der vom freizügigen Sparverkehr ausgehenden Gefahren bieten diese Vorkehrungen einen Schutz, der das Risiko unbefugter Abhebungen pro Monat auf DM 2000,- begrenzt. Solange diese

wohl einfach zu handhabenden Schutzvorrichtungen greifbar sind, besteht kein dringender Anlaß, letztlich auf Kosten der Sparer, die von ihnen Gebrauch machen, die vorzeitige Auszahlung von Spargeldern dadurch zu verteuern, daß man die Kreditinstitute zwingt, entweder die Berechtigung des Zahlungsempfängers intensiv zu überprüfen oder erhöhte Risiken in Kauf zu nehmen. Es bleibt freilich die Gefahr, daß die Sparer auf die Möglichkeit des Schutzes durch Kennworte usw. nicht hinreichend aufmerksam gemacht werden. Dafür mag der Umstand sprechen, daß von dieser Art der Sicherung nur sporadisch Gebrauch gemacht wird. Auch das rechtfertigt es jedoch nicht, das Gesetz mit einer Sonderregelung zu befrachten. Insoweit ist zu berücksichtigen, daß die Kreditinstitute kraft ihrer Pflicht zur Interessenwahrung zur deutlichen Aufklärung verpflichtet sind. Insbesondere bei älteren Personen mag nun der Verzicht auf die Vereinbarung von Kennworten durch die Angst, das Kennwort zu vergessen, motiviert sein. Hier bietet die Ausgabe von Ausweiskarten einen Weg, das Verlustrisiko angemessen zu reduzieren, ohne es – wie es die BGH-Rechtsprechung tut – auf Personen verteilen zu müssen, die zu bequem sind, von den angebotenen Schutzmaßnahmen Gebrauch zu machen.

Als letzter Punkt einer Sondernorm kommt schließlich eine Vereinheitlichung der Regelungen in Betracht, die in den Fällen, in denen das Sparbuch abhanden gekommen oder vernichtet worden ist, eine besondere Form der Kraftloserklärung vorsehen.

§ 808 BGB eröffnet kraft dispositiven Rechts sämtlichen qualifizierten Legitimationspapieren das Aufgebotsverfahren. In § 90 EGBGB findet sich ein Vorbehalt für den Landesgesetzgeber. Die Banken gehen, soweit ersichtlich, davon aus, daß bei Verlust des Sparbuchs ein Aufgebotsverfahren durchgeführt wird. Die Sparkassen haben hingegen in einer von Land zu Land unterschiedlichen Weise neben das Aufgebotsverfahren die Kraftloserklärung durch den Vorstand der Sparkasse gestellt (vgl. Herbst, Rechtsfragen beim Sparkassenbuch [1978], S. 44 f.). Rechtsunsicherheit ist hierdurch jedoch nicht entstanden; denn im Falle eines Verlustes ihres Sparbuches werden sich die Sparer immer zuerst an die Ausgabe stelle wenden und dort erfahren, wie sie weiter vorgehen müssen. Es besteht auch kein Anlaß, die Banken zur Übernahme eines Verfahrens der erleichterten Kraftloserklärung zu zwingen; denn insoweit sollte Raum für Konditionenwettbewerb bleiben, zumal Sparern, die voll auf das Aufgebotsverfahren verwiesen werden, keine allzu gravierenden Nachteile entstehen.

Als Resümee bleibt mithin festzuhalten, daß aus wertpapierrechtlicher Sicht kein Anlaß besteht, neben die allgemein für qualifizierte Rektapapiere vorgesehene Regelung eine Spezialvorschrift für Sparbücher zu stellen. Erwägenswert im Sinne einer Überführung der für jedermann geltenden sondergesetzlichen Normen in das BGB ist allenfalls die Übernahme der in § 22 KWG angesiedelten Kündigungsvorschrift in das Darlehensrecht.

IV. Besondere Wertpapierformen, Wertrechte, Annexprobleme

In diesem Abschnitt werden der Scheck einschließlich Fragen aus dem Bereich des Scheckvertrages, die Scheckkarte, der Reisescheck, Postscheck sowie der Komplex der Wertrechte behandelt.

1. Scheck

Angesichts des Umstandes, daß heute nahezu jeder Haushalt mit einem Scheckbuch ausgestattet ist (derzeit sind gut 14 Millionen Scheckkarten im Umlauf), läßt sich ohne weiteres sagen, daß der Scheck heute das Wertpapier ist, mit dem Privatpersonen am meisten in Berührung kommen. Wenn man das Ziel für richtig hält, all diejenigen Wertpa-

piere in das BGB aufzunehmen, die auch für Privatpersonen von erheblicher Bedeutung sind (dazu oben B 3), so kommt man nicht umhin, das Scheckrecht im BGB anzusiedeln. Dies hat freilich zur Folge, daß die 66 Artikel des SchG in das BGB aufgenommen werden müssen, da eine sinnvolle Aufteilung auf BGB und SchG als undurchführbar erscheint. Es ist z.B. nicht möglich, nur die derzeit im Inlandsverkehr typische Scheckform, den Inhaberscheck, in das BGB zu übernehmen; denn dies würde eine teilweise Umformulierung scheckrechtlicher Normen voraussetzen, eine Umformulierung, die nur im Einklang mit den Partnerstaaten des einheitlichen SchG zulässig ist. Im Rahmen einer Überarbeitung des bürgerlich-rechtlichen Wertpapierrechts erscheint es als äußerst unwahrscheinlich, daß es auch zu einer Überarbeitung des gesamten Scheckrechts kommen wird. Diese Untersuchung setzt sich daher das SchG in seiner derzeit geltenden Fassung zum Fixpunkt. Es bleibt mithin nur der Weg, das SchG en bloc zu rezipieren.

2. Scheckvertrag

Gemäß Art. 3 SchG darf der Scheck nur auf einen Bankier gezogen werden, bei dem der Aussteller ein Guthaben hat. Die für Private besonders wesentlichen Fragen des Verhältnisses zu der Bank, sei es in ihrer Rolle als Aussteller von Schecks, sei es in ihrer Rolle als Einreicher von Schecks, sind im SchG nicht geregelt. Die Berechtigung zur Scheckziehung im Verhältnis zur Bank sowie der Scheckeinzug ergeben sich nach h.M. vielmehr aus dem allgemeinen Recht der Geschäftsbesorgung sowie den AGB der Banken. Anders ist beispielsweise die Rechtslage in den USA. Der Uniform Commercial Code regelt nicht nur das Recht des Schecks, sondern z.B. in Section 4 des UCC auch den bankmäßigen Einzug der Wertpapiere. Im Lichte der Regelung des UCC erhebt sich die Frage, ob es sachgerecht ist, das gesamte Scheckvertragsverhältnis gesetzgeberisch zu erfassen. Diese Frage ist aus zwei Gründen zu verneinen. Zum einen liefert das Recht der Geschäftsbesorgung für die meisten Regelungsprobleme hinreichend klare Wertungen, an denen sich eine Kontrolle der AGB zu orientieren vermag. Zum anderen erscheint es als nicht angängig, die AGB durch eine gesetzliche Regelung verdrängen zu wollen. Die AGB sind zum großen Teil Ausfluß der Betriebsabläufe beim Scheckeinzug und der Scheckeinklösung. Jede gravierende Änderung dieser Betriebsabläufe muß daher gegebenenfalls durch eine Modifikation der AGB begleitet werden können. Diesen Anforderungen an die Flexibilität kann ein Gesetz nicht genügen. Dies gilt auch dann, wenn es dispositiv ausgestaltet ist, sofern es sich mit Detailfragen beschäftigt, da es dann langfristig gesehen unerwünschte Leitbilder schaffen kann.

Dies soll aber nicht heißen, daß der Gesetzgeber gänzlich darauf verzichten müßte, über die allgemeine Regelung der Geschäftsbesorgung hinaus Wertungen festzuschreiben, die spezifisch auf den Scheckvertrag bezogen sind. Anlaß für derartige Normen kann zum einen der Gesichtspunkt bieten, daß die derzeitige Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses in starkem Maße als unbefriedigend erscheint. Zum anderen kann eine Spezialvorschrift durch den Massencharakter eines Geschäftes indiziert sein, den das Recht der Geschäftsbesorgung notwendigerweise wegen seiner Offenheit für eine Vielzahl von Aktivitäten nicht zu berücksichtigen in der Lage ist. Vor diesem Hintergrund lassen auf den ersten Blick nur zwei Komplexe ein Eingreifen des Gesetzgebers als angebracht erscheinen: die Scheckfälschung und die Schecksperrung.

a) Die Verteilung des Fälschungsrisikos zwischen Aussteller und Bank

Vorab ist festzuhalten, daß es hier um die Regelung der Fälle geht, in denen die Unterschrift des Ausstellers gefälscht worden ist. Diejenigen Konstellationen, in denen ein gültiger Scheck verfälscht worden ist, sind zwar ähnlich gelagert. Bei ihnen stellt sich aber die zusätzliche Frage nach der Reichweite des Art. 51 SchG. Folgt man Liesecke (WM 72, 1202 [1207]), so hat die Genfer Konferenz in Art. 69 WG, der Art. 51 SchG voll entspricht,

allgemein festlegen wollen, inwieweit wertpapierrechtlich für den Inhalt eines Wechsels gehaftet wird, während Canaris (Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht [1971], S. 246 f.) die Reichweite des Art. 69 WG bedeutend enger faßt. Da im Rahmen der Überarbeitung des BGB Fragen des Einheitsrechts offen bleiben sollen, beschränkt sich der Gesetzgebungsvorschlag auf das rein schuldrechtliche Verhältnis Bank/Aussteller als Bankkunden. Insoweit hat man in der Genfer Konferenz bewußt keine Entscheidung getroffen (vgl. Landvogt, Fälschung und Verfälschung von Wechseln und Schecks im anglo-amerikanischen, französischen und deutschen Recht [1970], S. 43).

Die Verteilung des Risikos der Auszahlung eines gefälschten Schecks nach dispositivem Recht muß auch heute noch als ungeklärt bezeichnet werden. Man ist sich darin weitgehend einig, daß die Bank, die auf einen Scheck mit gefälschter Unterschrift leistet, dem scheinbaren Aussteller gegenüber nicht gemäß § 787 (1) BGB oder gemäß § 362 (2) i.V.m. § 185 BGB frei wird; denn es fehlt sowohl an einer wirksamen Anweisung als auch an einer Auszahlungsermächtigung des Ausstellers. Die Bank könnte freilich das Konto des scheinbaren Ausstellers belasten, wenn ihr als Folge der Auszahlung ein Aufwendungsersatzanspruch zustünde. Dies wird in großem Umfang bejaht. E. Ulmer (a.a.O., S. 315 ff.) geht zunächst davon aus, daß die Bank gemäß § 670 BGB den Kunden belasten darf, falls sie bei sorgfältiger Prüfung die Fälschung nicht zu entdecken vermochte, weil sie dann das nach den Umständen Erforderliche getan habe. Er modifiziert anschließend diese Regel anhand „der Interessenlage und der natürlichen Ordnung des Scheckverkehrs“ dahin, daß die Belastung des Kundenkontos außerdem davon abhängig zu machen sei, daß die für die Bank unerkennbare Fälschung ihre Ursache in einem Umstand habe, der in der Sphäre des Ausstellers liege (z.B. Verlust des Scheckbuchs; unsorgfältige Ausfüllung des Schecks). Diesem Ansatz folgt Zöllner (Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 140). Canaris (Großkommentar z. HGB, a.a.O., Anh. § 357 Anm. 275) geht wohl einen Schritt weiter. Unabhängig davon, ob die Bank die Fälschung zu erkennen vermochte, will er das Risiko dem Bankkunden aufbürden, falls diesem die Fälschung zugerechnet werden kann, weil der Mangel aus seiner Sphäre stammt. Die Sachgerechtigkeit dieser Risikoverteilung ergäbe sich daraus, daß im Bereich des Wertpapierverkehrs bedeutend strengere Rechtsscheinsregeln zum Tragen kommen. Jacobi (Wechsel- und Scheckrecht [1956], S. 403) will das Fälschungsrisiko ohne Rücksicht auf Sphärenabwägungen dem Bankkunden gemäß § 670 BGB zuweisen, wenn die Fälschung trotz verkehrsgemäßer Sorgfalt von der Bank nicht entdeckt wurde, die zu ihrem Kunden in einem reinen Auftragsverhältnis steht. Im Regelfall, in dem der Scheck ersichtlich auf ein „Guthaben“, sei es in Form eines Aktivsaldos, sei es in Form eines Kredits gezogen werde, komme jedoch der Grundsatz zum Tragen, daß die Interessen des Schuldners immer denjenigen des Gläubigers nachgehen. In diesen Konstellationen folgt Jacobi der Ansicht, die der Bank nur bei Verschulden des Bankkunden (z.B. schuldhaftem Verlust des Scheckheftes) mit einem Schadensersatzanspruch hilft (vgl. RGZ 161, 181; Baumbach/Hefermehl, Art. 3 SchG Anm. 7). Das Risiko einer unverschuldeten Begünstigung der Fälschung, mag es auch durch in der Sphäre des Bankkunden gelegene Eigentümlichkeiten wesentlich erhöht worden sein, trägt mithin nach den Vertretern dieser Lösungsvariante die Bank. Koller (NJW 1981, H. 45) hält eine Differenzierung zwischen Privatleuten und sonstigen Bankkunden für sachgerecht.

Die Banken haben in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (z.B. Nr. 11 der Bedingungen für den Scheckverkehr) den Kunden ein weit größeres Fälschungsrisiko auferlegt, als dies nach dispositivem Recht von Ulmer, Zöllner und Canaris für richtig gehalten wird. Der Kunde soll nämlich ohne Rücksicht auf irgendwelche Zurechnung nach Sphären alle Nachteile des Abhandenkommens, der mißbräuchlichen Verwendung, der Fälschung und Verfälschung von Schecks, Scheckvordrucken und des Vordrucks von Empfangsbescheinigungen tragen. Mitwirkendes Verschulden der Bank läßt das Risiko nicht voll auf die Bank

zurückfallen, sondern soll nur nach Maßgabe der Verursachung die Einstandspflicht des Kunden mindern. Bei wörtlicher Auslegung der Klausel müßte demnach der Kunde etwa das Risiko auf sich nehmen, daß auf einem Scheckvordruck die Kontonummer und die Unterschrift unerkennbar gefälscht werden.

Unter dem Gesichtspunkt der Kontrolle von AGB wird darauf hingewiesen, daß die Bank zwar die Beweislast dafür treffe, daß sie die Unterschrift sorgfältig geprüft habe (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 276; a.A. wohl Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 3 SchG Anm. 9). Ein totaler Ausschluß der Prüfungspflicht sei unzulässig. Andererseits wird das Ausmaß der die Bank treffenden Prüfungspflichten aber relativ milde gehalten. Es sei nämlich zu berücksichtigen, daß der Massenverkehr mit Schecks schneller Abwicklung bedürfe. Es genüge, daß das Gesamtbild den Eindruck der Echtheit mache, daß charakteristische Abweichungen zur Schriftprobe fehlen. Die Bank brauche auch im übrigen geringfügigen Verdachtsmomenten nicht nachzugehen (vgl. Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 276; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 3 SchG Anm. 10 jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Zöllner hält diesen Prüfungsstandard für ganz entschieden zu weitherzig. Wenn die Banken eine sorgfältige Überprüfung der Schecks organisatorisch nicht schaffen, so dürfe das nicht auf die Schultern des Bankkunden abgewälzt werden. Im übrigen stünden den Banken Versicherungen zur Verfügung. Er hält es auch für unzulässig, daß die Banken im Falle einer bloßen Mitursächlichkeit des Kundenverhaltens eine Haftungsminde rung für sich in Anspruch nehmen (Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 141). M.E. verstößt die Zuweisung des Scheckfälschungsrisikos im Verhältnis zu Privatpersonen regelmäßig gegen § 9 AGBG (Koller, NJW 81, H. 45).

In den USA, einem Land, in dem der Scheckverkehr seit jeher ein bedeutend größeres Ausmaß als in Deutschland besitzt, sind die Bankkunden erheblich besser gestellt. Gemäß §§ 3-401, 3-404 i.V.m. § 1-201 Nr. 43 UCC haftet derjenige, dessen Unterschrift gefälscht wurde, grundsätzlich nicht. Eine Haftung gegenüber der bezogenen Bank soll nur in Konstellationen eingreifen, in denen der Bankkunde durch sein fahrlässiges Verhalten wesentlich dazu beigetragen hat, daß die Bank den Scheck trotz Wahrung vernünftiger kaufmännischer Sorgfalt bezahlt hat. Hinter dieser Regelung steht die Vorstellung, daß die bezogene Bank die Unterschrift des Ausstellers überprüfen könne (vgl. Landvogt, Fälschung a.a.O., S. 22). Soweit ersichtlich gibt es in den USA auch keine den deutschen Bankbedingungen entsprechende Regelung (Landvogt, a.a.O., S. 21).

Vor Inkrafttreten des UCC bestand nicht einmal in größerem Umfang eine Verschuldenshaftung des Ausstellers. Die Banken haben die ihnen gesetzlich auferlegten Risiken, die sie z.T. selbst dadurch vermehrten, daß sie Scheckbücher mit einfacher Post versandten, augenscheinlich unschwer absorbieren können. In Großbritannien wird die Bank wohl ebenfalls nicht geschützt (vgl. Landvogt, a.a.O., S. 35). Auch § 1132 OR entlastet die Bank vom Fälschungsrisiko nur dort, wo den im Scheck genannten Aussteller ein Verschulden trifft. In Frankreich haben die Banken hingegen ihren Kunden das Fälschungsrisiko bis zur Grenze eigener grober Fahrlässigkeit auferlegt (Landvogt, a.a.O., S. 45). Allerdings wird hier das Fälschungsrisiko etwas dadurch gemildert, daß der Gesetzgeber die Regel eingeführt hat, daß bei jeder Scheckzahlung ein Lichtbildausweis vorzulegen ist (vgl. Liesecke, WM 73, 1154 [1163]).

Die Belastung des Bankkunden mit dem Fälschungsrisiko ist von größter praktischer Relevanz. Im Lichte der amerikanischen und englischen Bankpraxis erscheint die Risikobelastung des Kunden durch die AGB der deutschen Banken als sehr weitgehend. Es stellt sich daher die Frage, ob die Rechtslage zugunsten der Kunden geändert werden soll. Dies hängt von zwei Faktoren ab. Zum einen muß sich eine stärkere Belastung der Banken mit dem Fälschungsrisiko in das System des Wertpapierrechts einfügen. Zum anderen muß sie eine sachgerechte Risikoverteilung bringen.

Die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung stehen einer Lösung, die nahezu das gesamte Fälschungsrisiko den Banken aufbürdet, nicht evident entgegen. Zwar rechtfertigt der Scheck als Wertpapier die Anwendung der strengeren wertpapierrechtlichen Rechtsscheingregeln und damit auch die Zurechnung nach Sphären bzw. nach abstrakter Beherrschbarkeit (zur Terminologie vgl. Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen [1979] S. 78 ff.). Daraus folgt entgegen Canaris (Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 257) indessen nicht zwingend, daß die Bank zu Lasten ihres Kunden leistet, wenn sie auf einen vom Fälscher vorgelegten Scheck zahlt, der auf einem dem Kunden abhanden gekommenen Scheckformular ausgestellt worden ist; denn „der Mangel“ der Zahlung stammt auch aus der Sphäre der Bank. Die Bank besitzt nämlich ebenfalls die Möglichkeit, das Risiko zu beherrschen, da sie die Unterschrift des Ausstellers kennt. Wie im anglo-amerikanischen Recht könnte man somit durchaus behaupten, es sei Sache der Bank, durch einen Schriftenvergleich die Fälschung aufzudecken. Im übrigen ist zu bedenken, daß auch eine Risikoverteilung nach Maßgabe der Fähigkeit, Risiko zu streuen und aufzufangen, eine Rolle spielen könnte. Auf den ersten Blick sind dazu die Banken besser in der Lage (vgl. Koller, WM 81, 210 [212 f.]; NJW 1981, Heft 45).

Richtig erscheint hingegen am Ansatz von Canaris das Argument, daß sich eine Lösung des Problems nicht allein auf schadensersatzrechtliche Ansätze oder die Interpretation des § 670 BGB stützen dürfe. Vielmehr sind allgemeine Erwägungen der Risikozurechnung ins Spiel zu bringen. Geht man von der abstrakten Beherrschbarkeit der Gefahr einer Fälschung aus, also von der Frage, wer in der Lage ist, die Gefahr unter Einsatz maximalen Aufwandes zu bannen, so läßt sich nicht leugnen, daß die Bankkunden in den weitaus meisten Fällen instande sind, die Gefahr einer Fälschung zu beseitigen. Die Bankkunden können dafür sorgen, daß ihnen Scheckvordrucke nicht abhanden kommen oder von ihren Leuten mißbräuchlich verwandt werden. Ihnen steht die Möglichkeit offen, die Bank rechtzeitig vom Abhandenkommen der Scheckformulare zu informieren und, falls die Fälschungen ohne die Verwendung von Formularen des Kunden erfolgen, die Bank über das Auftauchen gefälschter Schecks zu unterrichten. Im übrigen fehlt den Kunden allerdings jede Beherrschungsmöglichkeit. Sie können weder verhindern, daß Scheckformulare und zugleich ihre Unterschrift gefälscht werden; denn die Fälschung der Formulare liegt außerhalb ihrer Sphäre und die Unterschrift kann unmöglich geheimgehalten werden. Im Vergleich dazu vermag die Bank im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit eine erheblich größere Variante von Fälschungen auszuschalten. Sie ist nämlich im Besitz der Unterschrift (gegebenenfalls hat sie für Aktualisierung der Unterschrift zu sorgen) und kann für die Fälschungssicherheit der Formulare sorgen. Nun wird man sicherlich einwenden, es sei absurd, der Bank anzusinnen, die Unterschrift durch Schriftsachverständige überprüfen zu lassen. Dies ist zweifellos richtig, wenn man den Hinweis auf die Beherrschungsmöglichkeiten dahin versteht, daß die Bank verpflichtet sei, jede Unterschrift so exakt wie nur denkbar zu überprüfen. Im Sinne der Sphärentheorie bzw. des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit geht es jedoch gar nicht darum, welche Sorgfaltsanforderungen an die Bank zu stellen sind, so wenig es im Sinne der Sphärentheorie relevant ist, daß der Bankkunde vorbringt, es sei unzumutbar, von ihm zu verlangen, das Scheckheft in einem einbruchssicheren Tresor zu verwahren oder nur unter Bewachung mit sich zu führen. Im Sinne der Sphärentheorie bzw. der abstrakten Beherrschbarkeit ist es vielmehr Sache desjenigen, der mit dem Risiko belastet ist, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, ob es sinnvoll ist, die Risiken zu bannen oder Schäden in Kauf zu nehmen. Auf die Situation der Banken gewendet, bedeutet dies, daß sie im Lichte der ihnen drohenden Schäden entscheiden müßten, in welchem Umfang es rentabel ist, die Scheckunterschriften intensiv zu überprüfen. Jedenfalls würde eine Risikobelastung der Banken verhindern, daß im rentablen Bereich die Schecks nur oberflächlich bearbeitet werden (vgl. Landvogt, a.a.O., S. 114 f.; von Caemmerer, BB 64, 520).

Sie würde die Innovationsfähigkeit der Banken anreizen. Gleiches gilt im Prinzip auch zu Lasten der Kunden. Es liegen daher drei Argumente gegen eine stärkere Risikobelastung der Banken nahe: der Kunde könne mit geringerem Aufwand dafür sorgen, daß die ihm ausgehändigten Scheckformulare nicht zu Fälschungen verwandt werden. Er sei daher in derartigen Fällen näher dran, das Risiko auf sich zu nehmen. Zum anderen schwanke das Risiko von Bankkunde zu Bankkunde, je nach dem, wie hoch sein Kredit sei, welche Art der Aufbewahrung er gewählt habe, wohin er die Scheckformulare mit sich führe, welchen Personen er Scheckformulare anvertraue oder wie schnell er sich Nachricht über die Einlösung von Schecks verschaffe. Da die Bank die sie treffenden Risiken oder auch nur die Kosten einer intensiveren Überprüfung oft im Wege der Gebühren auf die Gesamtheit ihrer Kunden abwälzen würden, wären letztlich diejenigen Kunden am stärksten belastet, die mit den Scheckformularen am sorgfältigsten umgehen. Eine Belastung der Bank mit der Fälschungsgefahr, auch soweit sie von den Kunden gesteuert werden könne, würde mithin zur Externalisierung von Risiken führen. Schließlich sei zu bedenken, daß der Scheck als Zahlungsmittel des Massenverkehrs keine intensive Prüfung der Echtheit vertrage. – Alle diese Gegenargumente erscheinen jedoch nur mit Einschränkungen als stichhaltig. Zunächst ist nochmals festzuhalten, daß eine Risikobelastung der Bank nicht zu einer intensiveren Prüfung der Echtheit der eingereichten Schecks zwingt, einer Prüfung, die in der Tat in aller Regel unzumutbar ist. Die Banken können und werden die Schecks auf ihre Echtheit nur in dem Umfang überprüfen, in dem dies im Lichte der drohenden Schäden aus ihrer Sicht rentabel ist, und im übrigen die Schäden als Kosten auf die Gesamtheit der Kunden rückverlagern (Landvogt, a.a.O., S. 115). Freilich wird sie der Konkurrenzdruck tendenziell motivieren, die Fälschungsgefahr durch Verbesserung der Prüfungssysteme zu mindern. Diese Überlegungen spielen in der amerikanischen Literatur zum Scheckrecht eine erhebliche Rolle. Auch ein Vergleich der Beherrschungsmöglichkeiten der Bank und des Bankkunden spricht nicht klar gegen eine Risikobelastung der Bank. Die Bank vermag eine viel größere Zahl von Fälschungen auszuschalten, während der Kunde nur bestimmte Fälschungsrisiken zu steuern in der Lage ist. Bürdet man dem Kunden alle von ihm verschuldeten Fälschungen auf, so dürften im Hinblick auf Fälschungen, die durch einen Mangel aus der Sphäre des Kunden ohne dessen Verschulden begünstigt wurden, die beiderseitigen Beherrschungsmöglichkeiten ausgewogen sein. Es bleibt mithin letztlich nur die Gefahr der Externalisierung von Risiken. Sie besteht auch dann, wenn man den Kunden, um sie zu einem sorgfältigen Umgang mit Scheckformularen und Kontoauszügen anzuhalten, jede von ihnen verschuldete Fälschung anlastet. Sie erscheint jedoch bis jetzt nicht so gravierend, daß die Bank von allen unverschuldeten Auszahlungen gefälschter Schecks entlastet werden müßte. Die Banken können nämlich zu einem großen Teil den auf sie mit unterschiedlicher Intensität zukommenden Fälschungsrisiken durchaus Rechnung tragen. Zum Beispiel sind sie in der Lage, die durch Fälschungen entstandenen Kosten ähnlich dem Zins nach Maßgabe der Salden auf die Kunden zu verteilen; denn je höher das Guthaben bzw. der Kreditrahmen, desto höher ist aus der Sicht der Kunden und der Bank das Fälschungsrisiko. Es dürfte angesichts des Erfahrungsschatzes der Banken auch möglich sein, die Kunden in verschiedene Kategorien unterschiedlicher Fälschungshäufigkeit einzuteilen und anhand dieser Kategorien die Gebühren festzusetzen. Gerade die Konzentration der Fälschungsrisiken bei den Banken macht eine Absorption des Risikos besonders einfach, da ihnen ausreichende Übersicht über die Fälschungsgefahr zur Verfügung und ihnen im Vergleich zum Kunden die Streuung des Risikos, gegebenenfalls unter Einschaltung von Versicherungen, besonders leicht fällt (vgl. Schlechtriem, JZ 67, 479 [481]; Landvogt, a.a.O., S. 115 f.; Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 141; Koller, NJW 81, H. 45).

Natürlich sollte man den Bankkunden keinen Anreiz geben, Fälschungen geradezu zu begünstigen. Dagegen spricht nicht nur das Allgemeininteresse an der Unterbindung von

Fälschungen, sondern auch das Interesse der Kunden, nicht für andere nachlässige Kunden mittelbar aufkommen zu müssen. Den Kunden ist daher *de lege ferenda* das Fälschungsrisiko in voller Höhe aufzuerlegen, falls sie es durch unsorgfältiges Verhalten begünstigt haben. Die Beweislast für mangelndes Verschulden muß in diesem Zusammenhang die Kunden treffen. Die Banken haben nämlich keinen Einblick in das Verhalten ihrer Kunden. Diese Risikobelastung angesichts der Tatsache, daß heute die meisten Arbeitnehmerhaushalte über Scheckbücher verfügen, aus sozialen Gründen zu mindern, erscheint als nicht angebracht, da den Bankkunden keine existenzbedrohende Risiken auferlegt werden und z.B. eine Art Zwangsversicherung aller Inhaber von Lohn- und Gehaltskonten durch Minderung des ihnen zurechenbaren Risikos auf den Standard grober Fahrlässigkeit nur die sorgfältigen Bankkunden benachteiligen müßte.

In vollem Umfang sollte den Bankkunden ferner das Risiko auferlegt werden, daß ihre Familienangehörigen, Leute oder Personen, denen sie Scheckformulare anvertraut haben, Schecks fälschen oder sich an der Fälschung beteiligen. Voraussetzung für diese Risikobelastung ist freilich in Parallele zu § 645 (2) BGB, daß die Bank nicht ihrerseits schuldhaft gehandelt hat.

Problematisch ist schließlich die Lösung des Falles, in dem sowohl die Bank als auch den Kunden ein Verschulden trifft. Die AGB der Banken sehen eine Verteilung des Schadens nach Art des § 254 BGB vor. Der UCC weist dem Bankkunden das volle Risiko nur zu, wenn ihn ein wesentlicher und damit wohl auch überwiegender Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. Obwohl die Quotierung von Schäden erhebliche Rechtsunsicherheit schafft, ist sie besser mit unserem Rechtssystem zu vereinbaren, als eine Regel kompensierenden Mitverschuldens. § 254 BGB ist daher für analog anwendbar zu erklären.

Zuletzt ist noch zu klären, ob die Risikobelastung der Banken in den Rang zwingenden Rechts zu erheben ist. Gegen eine derartige Regelung spricht – wie immer – das Bedürfnis, Einzelfällen, besonderen Konstellationen und neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Insbesondere muß aber gewährleistet bleiben, daß die Banken durch eine summenmäßige Begrenzung des Fälschungsrisikos in der Lage sind, das auf sie zukommende Risiko zu versichern. Es kann auch als durchaus sachgerecht erscheinen, bestimmte Kreise, z.B. Kaufleute, stärker oder voll mit dem Fälschungsrisiko zu belasten, da es allzu unterschiedlich von Kontoinhaber zu Kontoinhaber strukturiert sein kann.

b) Schecksperre

Die Situation der Aussteller im Falle einer von ihnen innerhalb der Vorlegungsfrist ausgesprochenen Schecksperre ist unsicher. Gemäß Art. 32 (1) SchG ist ein Widerruf des Schecks vor Ablauf der Vorlegungsfrist unwirksam. Streitig ist es, ob sich die bezogene Bank im Rahmen des Scheckvertrages verpflichten kann, den Widerruf zu beachten und eine Zahlung auf den wirksamen Scheck zu verweigern. Die Rechtsprechung und die neuere Literatur bejahen überwiegend die Gültigkeit einer derartigen Vereinbarung (vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 32 SchG Anm. 1; Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 270 jeweils mit Nachweisen). Die Banken haben auf der Basis der h.M. in Nr. 10 der Bedingungen für den Scheckverkehr bestimmt, daß sie berechtigt, aber – soweit rechtlich zulässig – nicht verpflichtet seien, den Widerruf eines Schecks oder einer Schecksperre vor Ablauf der Vorlegungsfrist zu beachten. Die Banken brauchen somit einen Widerruf von Schecks nicht zu berücksichtigen. In der Praxis pflegen sie allerdings Schecksperrungen zu beachten. Auf diese Weise haben sich die Banken die Möglichkeit gesichert, im Interesse ihrer Kunden die Auszahlung von Schecks zurückzuweisen, ohne Gefahr zu laufen, in einem Fall, in dem die Schecksperre vom Kontenführer übersehen oder die Schecksperre dem Kontenführer nicht mitgeteilt wird, Schadensersatz leisten zu müssen. Dies gilt auch dann, wenn der Kontenführer eine Beachtung der Schecksperre zugesagt hat,

da er nicht zu einer Vereinbarung berechtigt ist, die die AGB partiell außer Kraft setzt (Kröger, WM 75, 1250; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Art. 32 SchG Anm. 2). Der Kunde kann demnach nur hoffen, daß die Schecksperre in Ordnung geht. Das ist besonders dann mißlich, wenn ihm oder einem Dritten der Scheck abhanden gekommen ist.

§ 1119 OR gibt dem Aussteller, der behauptet, daß ihm oder einem Dritten der Scheck abhanden gekommen sei, das Recht, dem Bezogenen die Einlösung zu verbieten. Gemäß 4-403 des Uniform Commercial Code hat der Aussteller jederzeit das Recht, den Scheck zu sperren. Bedingung einer wirksamen Schecksperre ist nur, daß das Zahlungsverbot der Bank rechtzeitig zugegangen ist, d.h. sie muß ausreichend Gelegenheit gehabt haben, Vorkehrungen zur Erfassung der gesperrten Schecks zu treffen. Diese Vorschrift wird als Ausfluß einer bankmäßigen Übung angesehen. Der Aussteller eines Schecks erwarte von seiner Bank eine derartige Dienstleistung, ungeachtet der Belastungen und Kosten, die für die Bank damit verbunden sind. Verluste, die durch ein Übersehen der Schecksperre entstehen, habe die Bank als Geschäftsrisiko auf sich zu nehmen (Jähnchen-John, Das Wechsel- und Scheckrecht der Vereinigten Staaten von Amerika [1976], S. 159). Dieses Geschäftsrisiko darf die Bank durch entsprechende Vereinbarungen nur bis zur Grenze eigenen Verschuldens auf den Kunden abwälzen.

Im Rahmen einer eventuellen Überarbeitung des Rechts des Scheckvertrages ist davon auszugehen, daß es der Rolle des Bankkunden wenig entspricht, sich in Fällen, in denen er eine Schecksperre ausspricht und ihm deren Beachtung angekündigt wird, mit der Position eines „Hoffenden“ zufrieden zu geben, der keine oder nur geringe Möglichkeiten besitzt, seine Erwartungen rechtlich durchzusetzen. Dies ist für ihn besonders dann mißlich, wenn ihm oder einem Dritten ein Scheck abhanden gekommen ist. Zahlt die Bank an den nichtberechtigten Vorleger, so leistet sie befreiend, wenn ihr keine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ob man mit Baumbach/Hefermehl (a.a.O., Art. 32 SchG Anm. 4) immer sagen kann, eine Bank, der mitgeteilt wurde, der Scheck sei abhanden gekommen, handle grob fahrlässig, falls sie trotzdem den Scheck einlöse, erscheint als äußerst zweifelhaft; denn es ist z. B. gut möglich, daß die Nachricht infolge eines leichten Versehens nicht bis zum Kontenführer gelangt ist.

Im Einklang mit dem Scheckrecht der USA bedarf die Position der Bankkunden einer Verbesserung. Es muß sichergestellt sein, daß die Banken auch verpflichtet sind, einen Widerruf zu beachten. Dabei muß man nicht soweit wie der UCC gehen und jeden rechtzeitigen Widerruf für beachtlich erklären. Obwohl die Erfahrungen in den USA in die entgegengesetzte Richtung weisen, könnte eine zu großzügige Widerrufspraxis die Funktion des Schecks als Zahlungsmittel schädigen sowie den Banken zu große Risiken und Kosten aufbürden. Es ist außerdem zu berücksichtigen, daß diese Risiken und Kosten letztlich auf die Gesamtheit der Scheckkunden abgewälzt werden würden, obwohl nur bei einem Teil von ihnen das Bedürfnis häufiger entstehen wird, einen vorschnell ausgestellten Scheck zu sperren. Hier ist es durchaus sinnvoll, bei den Scheckausstellern das Bewußtsein zu wecken, daß die Bezahlung mit einem Scheck ebenso gefährlich ist, wie die Bezahlung mit Bargeld. Es liegt an den Banken, dies durch ihr eigenes Verhalten zu unterstützen und nicht falsche Erwartungen zu wecken.

In Anlehnung an das OR muß die Position der Kunden aber dort verbessert werden, wo die Kunden im Sinne eines fehlenden oder mangelhaften Begebungsvertrages behaupten, der Scheck sei ihnen oder Dritten abhanden gekommen. Eine auf eine solche Behauptung gestützte Schecksperre muß grundsätzlich von den Banken beachtet werden. Wird die Schecksperre mißachtet, so wäre es freilich verfehlt, die Banken verschuldensunabhängig mit dem Argument zu belasten, die Zahlung sei nicht im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages erfolgt; denn ein wesentlicher Grund für den entstehenden Schaden liegt auch in der Sphäre des Ausstellers bzw. des Dritten, dem der Scheck abhanden gekommen ist. Im

Einiklang mit der zwingenden Vorschrift des § 4-103 (1) UCC ist aber der Bank das Risiko der Mißachtung einer Schecksperrung zuzuweisen, wenn sie leicht fahrlässig gehandelt hat. Entgegen dem amerikanischen Recht empfiehlt es sich jedoch nicht, diese Regel zum zwingenden Recht zu erheben. Vielmehr sollte man den Banken gestatten, in besonders gelagerten Situationen – auch durch AGB – von dieser Regel abzuweichen. Hier ist etwa an die Besonderheiten des Scheckkartenverfahrens zu denken oder an Schecks, die mangels Nummernangaben nicht reibungslos identifizierbar sind. Durch AGB können auch die Fristen geregelt werden, innerhalb derer eine Sperre wirksam wird und bleibt.

3. Scheckkarte

Derzeit sind in der Bundesrepublik nahezu 15 Millionen Scheckkarten im Umlauf, in denen Banken unter bestimmten Voraussetzungen die Zahlung eines Scheckbetrages bis zur Höhe von DM 300,- garantieren. Die Scheckkarte ist eine Erfindung der Banken. Im Gesetz hat sie nirgends einen Niederschlag gefunden. Ihre Rechtswirkungen werden aus Vorschriften des BGB, die man teilweise fortbildet, hergeleitet. Im übrigen spielen die Bedingungen für eurocheque (ec)-Karten sowie die auf der Scheckkarte abgedruckten Erklärungen der ausstellenden Bank eine maßgebliche Rolle.

a) Befund

Die Scheckkarte hat in der Praxis erstaunlich geringe Schwierigkeiten bereitet. Gleichwohl muß eingehender untersucht werden, ob das Fundament, auf dem sie steht, der Festigung bedarf. Dies erhellt eine Auflistung der Probleme, die im Zusammenhang mit der Scheckkarte diskutiert werden. Es zeigt sich nämlich z.B., daß viele mit der Scheckkarte zusammenhängende Probleme wohl sachgerecht nur gelöst werden können, wenn man auf der Ebene des Parteiwillens mit an Fiktionen grenzenden Auslegungen arbeitet.

Im einzelnen wirft die Scheckkarte folgende Probleme auf: In der Literatur ist die Frage ungeklärt, wie man sich das Entstehen des mit Hilfe der Scheckkarte begründeten Anspruchs vorzustellen hat. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, die Bank schließe mit dem Scheckkarten-Inhaber einen Vertrag zugunsten der noch unbekannten Nehmer (so vor allem Zöllner, DB 68, 560 f.; weitere Nachweise bei Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Anh. § 357 HGB Anm. 832). Natürlich kann man nicht unterstellen, ein Bankkunde sei bei der Aushändigung der Karte mit der Bank darin einig, daß eine unbestimmte Anzahl von Garantieverträgen bzw. abstrakten Schuldversprechen in allen nur denkbaren Ausprägungen (etwa von DM 0,01 bis DM 300,- sowie den entsprechenden Summen in fremder Währung) zugunsten aller Personen geschlossen werden, mit denen er als Scheckaussteller möglicherweise in Kontakt kommt. Dies ist im Grunde kein Einwand; denn auf der normativen Grundlage der ergänzenden Vertragsauslegung läßt sich ein derartiges Bündel von Verträgen durchaus konstruieren. – nur ist eine derartige Konstruktion sehr künstlich, da sie sich weit vom Vorstellungsbild durchschnittlicher Parteien entfernt, und auch nicht recht einsehbar, warum eine Vielzahl von Verträgen in die Welt gesetzt wird, aber nur aus einem kleinen Bruchteil von ihnen später Ansprüche hergeleitet werden können.

Diesem Einwand kann man zwar entgegen, wenn man einen Rahmenvertrag zugunsten Dritter konstruiert, der durch Gestaltungserklärungen des Scheckinhabers ausgefüllt wird. Es bleibt dann als Schwäche der Figur eines Vertrages zugunsten Dritter der Umstand, daß auf ihn § 334 BGB Anwendung findet (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anh. § 357 Anm. 832).

Die Vertreter der Gegenposition sind der Auffassung, der Scheckkarteninhaber schließe als Vertreter oder als Bote der Bank den Garantievertrag unmittelbar zwischen Bank und dem Schecknehmer (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anh. 831). Der Botenkonstruktion ist gleichfalls entgegenzuhalten, sie unterstelle, die Bank schalte den Scheckkar-

teninhaber als Bote einer Vielzahl von Willenserklärungen ein, und Aufgabe des Boten sei es, je nach Art des ausgestellten Schecks die passende Willenserklärung mitzuteilen. Die Befürworter einer Vertretungskonstruktion bewegen sich insoweit näher am wirtschaftlichen Geschehen, als sie davon ausgehen, daß die Bank mit der Aushändigung der Scheckkarte nur eine Willenserklärung, nämlich die Vollmacht, verbindet. Die Schwäche dieser Konstruktion liegt darin, daß man nicht ganz überzeugend behaupten kann, die Bank wolle ihre Kunden zu ihren Vertretern machen (vgl. Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 136). Noch weniger haben üblicherweise Scheckaussteller, die die Scheckkarte vorweisen, die Vorstellung, nun als Funktionär der Bank aufzutreten. Auch die Schecknehmer werden kaum der Meinung sein, in dem Scheckaussteller, der ihnen die Scheckkarte vorlegt, jemand vor sich zu haben, der im Namen der Bank eine Erklärung abgibt. Eher dürften alle Parteien davon ausgehen, das Vorzeigen der Scheckkarte signalisiere, daß dieser Scheck bezahlt wird, oder richtiger, daß der Scheckkarteninhaber kraft eigenen Rechts im eigenen Namen dem Schecknehmer einen Garantieanspruch verschaffe. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise stellt sich somit der Ablauf der Scheckzeichnung unter Eintragung der Scheckkartennummer und Vorlegung der Scheckkarte so dar, als ob der Scheckkarteninhaber eine Ausfüllungsermächtigung über den von der Bank im voraus akzeptierten Scheck besitze und bei Ausstellung sowie Begebung des Schecks von dieser Ermächtigung Gebrauch mache. Natürlich läßt sich diese Erklärung des Vorganges *de lege lata* rechtlich nicht umsetzen; denn weder ist der Scheck akzeptiert (vom Akzeptverbot ganz abgesehen), noch liegt das übliche Bild eines ausfüllungsbedürftigen Blanketts vor. Deshalb dürfte *de lege lata* die – wenn auch recht lebensferne – Vertetungskonstruktion durchaus den Vorzug verdienen.

Der gesetzlichen Klärung harrt ferner der Problemkreis der Fälschung und Verfälschung. Die Banken haben in Nr. 5 (2) der ec-Bedingungen festgestellt, daß in Fällen, in denen die Unterschriften auf ec-Scheckvordruck und -Scheckkarte nach ihrem äußeren Gesamtbild den Eindruck der Echtheit erwecken, eine Einlöschungspflicht auch dann bestehe, wenn die Unterschriften auf dem Scheckvordruck und/oder der Scheckkarte gefälscht und/oder der ec-Scheckvordruck bzw. die Scheckkarte verfälscht sind. Nicht geregelt sind die Fälle, in denen z.B. von ungetreuen Bankangestellten Scheckvordrucke und Scheckkarten, die noch keine Unterschrift tragen, entwendet und dann benutzt werden. Verbreitet ist nun die Ansicht, die Bank könne im Falle einer unerkennbaren Fälschung der Unterschriften nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung in Anspruch genommen werden (vgl. Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG Anm. 13 m. Nachweisen). Sie habe nämlich dadurch, daß sie in ihren Scheckkartenbedingungen den Garantieanspruch von zwei übereinstimmenden Unterschriften abhängig gemacht habe, eine Vertrauensgrundlage geschaffen, die sie sich zurechnen lassen müsse. Dem hält Canaris (Hueck/Canaris, a.a.O., S. 170) entgegen, daß der Scheintatbestand nicht schon durch die Aushändigung der Scheckkarte, sondern erst durch die Fälschung entstehe. Im übrigen könne der Bank die Fälschung allenfalls dann zugerechnet werden, wenn sie oder der Kunde ein erhöhtes Fälschungsrisiko geschaffen habe. Da auch Canaris den Schecknehmer in seinem Vertrauen auf Zahlung schützen will, greift er auf der Grundlage der Nr. 5 (2) der ec-Bedingungen auf die Figur des Vertrages zugunsten Dritter zurück. Ein vollkommener Schutz des einem Fälscher aufgesessenen Schecknehmers wird hierdurch freilich nicht erreicht; denn der Schecknehmer sieht sich u.U. mit der Einwendung konfrontiert, der Scheckkartenvertrag mit dem Kunden sei unwirksam gewesen. Die Position des Schecknehmers ist mithin relativ unsicher, wenngleich diese Unsicherheit in der Praxis aus Gründen des „good will“ der Scheckkarte kaum eine Rolle spielen wird.

Unzureichend ist die Reichweite des Einwands des Rechtsmißbrauchs umrissen, den die Bank vorbringen kann, falls die Scheckkarte zur Beschaffung eines Geldkredites benutzt wurde, oder falls bekannt war, daß das Konto des Ausstellers ungedeckt war und auch ein

Bankkredit nicht in Aussicht steht. Streitig sind hier die subjektiven Voraussetzungen des Einwands. Während manche es in Konstellationen, in denen die Scheckkarte zur Beschaffung von Kredit eingesetzt wird, genügen lassen wollen, daß sich dem Nehmer die Pflichtwidrigkeit aufdrängen mußte (wohl grobe Fahrlässigkeit), fordern andere analog Art. 22 SchG, daß der Nehmer bewußt zum Nachteil der Bank gehandelt hat (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht a.a.O., Anm. 835 m. Nachweisen).

Umstritten ist auch die Antwort auf die Frage, inwieweit der Scheckkarteninhaber die Inanspruchnahme der Bank mit dem Argument abwehren kann, er sei vom Schecknehmer arglistig getäuscht, bedroht worden oder das Kausalgeschäft sei aus einem sonstigen Grunde unwirksam. Die h.M. verknüpft die Einwendungen der Bank mit der Frage, ob der Schecknehmer Eigentum an dem Scheck erlangt hat (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 837 ff.; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Anh. 4 SchG Anm. 12 jeweils m. Nachweisen). Stärker an der auf der Scheckkarte abgedruckten Formulierung ist die These orientiert, die Bank könne insoweit Einwendungen erheben, als der Aussteller gegen den Regreßanspruch des ersten Nehmers Einwendungen erheben könne (vgl. Eisenhardt, MDR 72, 730); denn in der Scheckkarte ist vom Schecknehmer und nicht vom Eigentümer des Schecks die Rede. In der Praxis sind die Unterschiede nicht sehr bedeutend, – doch erhebt sich auch hier die Frage, ob das Problem im Rahmen einer Überarbeitung des Schuldrechts umfassend geklärt werden sollte. Dies gilt auch für Einwendungen, die auf das der Scheckbegebung zugrundeliegende Kausalverhältnis gestützt werden (vgl. dazu Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 836 m. Nachweisen).

Nach einer verbreiteten Ansicht soll sich das selbständige Garantieverprechen nicht nur an den ersten Nehmer richten, sondern auch für alle späteren Erwerber des Schecks gelten (vgl. die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Anh. Art. 4 SchG Anm. 5). Der wohl herrschenden Gegenansicht zufolge steht der Garantieanspruch grundsätzlich nur dem ersten Schecknehmer zu, der typischerweise den Scheck sofort zum Inkasso einreicht (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 852 m. Nachweisen). Sie wird damit begründet, daß auf diese Weise Konflikte mit dem scheckrechtlichen Akzeptverbot vermieden werden. Außerdem seien spätere Schecknehmer gar nicht schutzwürdig, da ihnen die Scheckkarte nicht vorgelegt werde. Schließlich sei zu berücksichtigen, daß dem Ziel einer Ausweitung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs hinreichend Rechnung getragen werde, wenn der erste Schecknehmer einen gesicherten Anspruch erhalte. Spätere Erwerber des Schecks seien mithin auf eine Zession angewiesen. Dabei sei zu beachten, daß im Unterschied zum Scheck ein gutgläubiger oder einwendungsfreier Erwerb des Garantieanspruchs nicht möglich sei (Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 853; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Anh. Art. 4 SchG Anm. 5, 12 jeweils m. Nachweisen).

Aus dem Umstand, daß sich ein wesentlicher Teil des Vertrauens auf die Einlösung des Schecks auf die Vorlage der Scheckkarte gründet, folgt nun nicht mit hinreichender Selbstverständlichkeit, daß es systemwidrig wäre, den Erwerber des Schecks auch im Hinblick auf die Garantieforderung von allen Einwendungen zu befreien, die sich nicht aus der Scheckkarte ergeben. Die Lösung des Problems des Einwendungsausschlusses hängt somit wesentlich davon ab, welches Gewicht man auf die Umlauffähigkeit des Schecks samt Garantieforderung legt.

Umstritten ist auch die Zulässigkeit einer Kraftloserklärung der Scheckkarte. Die einen weisen darauf hin, daß Art. 59 SchG nicht eingreife und daß eine Kraftloserklärung weder der Bank noch dem Kunden nütze, da die Bank trotz Kraftloserklärung nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung einzustehen habe und ihre Kunden zurückbelasten dürfe (Kümpel NJW 75, 1549; Pleyer/Müller-Wüsten, WM 75, 1102 ff.). Die Vertreter der Gegenansicht stützen sich auf § 176 BGB, wonach eine Kraftloserklärung von Vollmachtsurkunden zulässig sei (Canaris, Bankvertragsrecht a.a.O., Anm. 849; Baumbach/Hefer-

mehl, a.a.O., Anh. Art. 4 SchG Anm. 13). Seien die Voraussetzungen des § 176 BGB erfüllt (Bekanntmachung in öffentlichen Blättern etc.), so treffe die Bank keine Einlöschungspflicht mehr; denn die Legitimationswirkung der Scheckkarte, auf die der Einlösungsanspruch aufbaue, sei erloschen. Die von der „Vertreter“-Theorie her konsequente Kraftloserklärung in der in § 176 BGB vorgesehenen Form droht die Scheckkarte lahmzulegen. Wenn man schon im Interesse der Schecknehmer und der Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs die Schecknehmer vom Risiko entlastet, auf unerkennbare Fälschungen hereinzufallen, so darf man sie angesichts der über 14 Millionen ausgegebenen Scheckkarten nicht vor die Alternative stellen, vor jedem Zahlungsvorgang entweder (sicherlich) endlos lange Listen zu durchforsten oder das Risiko in Kauf zu nehmen, daß eine für kraftlos erklärte Scheckkarte vorgelegt wird.

b) Die Notwendigkeit und Nützlichkeit einer kodifikatorischen Erfassung der Scheckkarte Die Scheckkarte hat in der Praxis kaum Streitigkeiten hervorgerufen. Dies mag mit der kulanten Haltung der Banken zusammenhängen, die bislang wohl alles getan haben, um den „good will“ der Scheckkarte zu schützen. Auch die rechtlichen Probleme, die die Scheckkarte aufwirft, sind nicht derart, daß im Gefolge der Scheckkarte von einer gravierenden Rechtsunsicherheit gesprochen werden müßte. Zwar sind sicherlich nicht nur Randfragen umstritten; in den Kernbereichen ist man sich jedoch über die Stellung von Bank, Bankkunde und Schecknehmer einig. Ein Bedürfnis für eine kodifikatorische Erfassung der Scheckkarte kann freilich unter dem Gesichtspunkt nicht bestritten werden, daß es einer Rechtsordnung schlecht ansteht, wenn Rechtsfiguren, die einen Großteil der Bevölkerung tangieren, vom Gesetzgeber ignoriert und auf der Grundlage eines Gesetzes geregelt werden, das nur mit Hilfe von an Fiktionen grenzenden Auslegungen privatautonomer Erklärungen, lückenfüllender Auslegung und Rechtsfortbildung in der Lage ist, sachgerechte Rechtsfolgen zu liefern. Ob man diesen Gesichtspunkt für ausreichend erachtet, hängt eng mit der Frage nach dem Sinn und der Notwendigkeit einer Kodifikation zusammen. Wie diese Frage zu beantworten ist, ist Sache des politisch für notwendig erachteten Gesetzgebungsstils. Es wird deshalb im folgenden unterstellt, daß die Frage positiv beantwortet wird, und auf dieser Basis versucht, ein kodifikatorisches Programm für eine Scheckkarte zu entwickeln.

Die folgende Darstellung steht unter zwei wichtigen Vorbehalten. Die Scheckkarte ist ein Instrument des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs. Sie muß daher mit den Verhältnissen in all den Ländern, in denen sie Anwendung finden soll, abgestimmt werden. Dieser besonderen Problematik konnte in dem Gutachten nicht hinreichend Rechnung getragen werden. Eine Einbeziehung ausländischen Rechts mag ergeben, daß die hier unterbreiteten Vorschläge nicht konkordanzfähig sind, ja daß die Divergenzen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen dazu nötigen, bei den Kompromissen stehen zu bleiben, die die derzeitige Ausformung der Scheckkarte kennzeichnen. Insoweit sind demnach weitere Überlegungen anzustellen. Ein weiterer Vorbehalt ist tatsächlicher Natur. Dem Zahlungsverkehr steht wohl eine Phase der Revolutionierung bevor. Unter diesem Gesichtspunkt mag es als sehr fragwürdig erscheinen, eine Figur in das BGB einzufügen, die in einem Jahrzehnt überholt ist. Hier müßten ebenfalls eingehendere Untersuchungen angestellt werden, in denen ermittelt wird, mit welchen Grundstrukturen der Abwicklung des Zahlungsverkehrs zu rechnen ist. In dem Gutachten wird dieser Gesichtspunkt mangels unzureichender Anhaltspunkte weitgehend vernachlässigt. In der Arbeit der Kommission dürfte er jedoch eine erhebliche Rolle spielen.

c) Kodifikationsvorschlag

aa) Entstehung der Garantie

Juristisch wird der Lebensvorgang „Scheckbegebung unter Vorlage einer Scheckkarte“ am besten mit Hilfe der Figur einer Verpflichtungsermächtigung eingefangen. Im Moment der

Vorlage der Scheckkarte verpflichtet der Scheckkarteninhaber im eigenen Namen die Bank aufgrund deren Ermächtigung, Garantieerklärungen abzugeben. Das deutsche BGB kennt die Figur der Verpflichtungsermächtigung nicht, wohl weil man die mittelbare Stellvertretung nicht fördern wollte (Flume, Rechtsgeschäft, 3. Aufl., S. 906). Sie kann jedoch jederzeit eingeführt werden, ohne Systembrüche auszulösen. Probleme können sich freilich aus dem Umstand ergeben, daß die deutsche Scheckkarte vielfach im Ausland genutzt wird. Sollte – was hier nicht untersucht wurde – die Figur der Verpflichtungsermächtigung in den anderen Rechtsordnungen, die mit der Scheckkarte in Berührung kommen, auf Unverständnis stoßen, so müßten freilich die aus deutscher Sicht nicht ganz realitätsgerechten Vertreter – oder Vertrag zugunsten Dritter – Konstruktionen beibehalten werden. Der Gesetzgeber sollte dann darauf verzichten, den Entstehungstatbestand der Garantie gesetzlich zu fixieren.

Offen bleiben kann, ob die Forderung auf der Grundlage der Ermächtigung der Bank einseitig oder unter rechtsgeschäftlicher Mitwirkung des Vertragspartners erfolgt. Das Vertragsdogma erscheint heute *de lege ferenda* in weiten Bereichen (z.B. dem Überweisungsverkehr, dem Zahlungsverkehr oder „Garantie für den es angeht“) als überholt. Man sollte die Lösung dieses Problems jedoch der Rechtsfortbildung anheim stellen, um eine parallele Entwicklung zum Vertragsdogma im Rahmen des Wertpapierrechts sicherzustellen.

Art und Umfang der Verpflichtung der Bank sollten in den Grundzügen aus der Scheckkarte hervorgehen, sofern sie nicht kraft Verkehrssitte hinreichend bekannt sind. Unter dieser Voraussetzung sollten auch in der Scheckkarte die Bedingungen aufgeführt werden, unter denen die Ermächtigung wirksam wird. Natürlich können in der Scheckkarte nicht alle Einwendungen aufgeführt werden, die dem Schecknehmer u.U. entgegengehalten werden können. Sie ergeben sich aus einer besonderen Vorschrift.

bb) Gutgläubiger Erwerb

Die in der Scheckkarte niedergelegte Ermächtigung ist bei den auf Namen ausgestellten Scheckkarten unübertragbar. Eine Unterermächtigung ist unzulässig. Damit ist klargestellt, daß jede Art von gutgläubigem Erwerb von vornherein ausscheidet. Dritte werden durch die Regel geschützt, daß ihnen auch im Falle von unerkennbaren Fälschungen oder der Verwendung von den Ausstellern irgendwie abhanden gekommenen Scheckkartenvordrucken ein Anspruch gegen den Scheckkartenaussteller zuwächst.

Im Hinblick auf die Einführung von auf den Inhaber ausgestellten „debit cards“ sollte man die Möglichkeit einer Unterermächtigung im Auge behalten. Die vorgeschlagene Vorschrift sucht einer *praeter legem* erfolgenden Entwicklung zur debit card möglichst viele Wege offenzuhalten.

cc) Einwendungen

Die Einwendungen, die dem Aussteller der Scheckkarte gegenüber dem Schecknehmer zustehen, lassen sich in zwei Kategorien einteilen. In die erste Kategorie fallen diejenigen Einwendungen, an deren Erhebung der Aussteller der Scheckkarte selbst interessiert ist, weil er sich entweder auf das der Ausgabe der Scheckkarte zugrundeliegende Verhältnis berufen oder einwenden will, daß die Ermächtigung unwirksam oder nicht so weit gespannt gewesen sei, als wie es den Anschein habe. Konstellationen, die der ersten Gruppe zuzuordnen sind, sollten in Anlehnung an Art. 22 SchG gelöst werden. Die Formulierung „bewußt zum Nachteil“ ist so flexibel, daß sie angemessen allen Fällen Rechnung trägt, in denen der Aussteller einwendet, der Scheckkarteninhaber habe pflichtwidrig gehandelt, als er die Scheckkarte benutzte. Zugleich wird dem Verkehrsinteresse genüge getan, das fordert, daß Einwendungen aus dem Kausalverhältnis möglichst wenig ins Spiel gebracht werden können (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 137).

In Fällen, in denen die Scheckkarte zu Zwecken eingesetzt wird, für die sie nicht gedacht war (z.B. anstatt zu Zahlungs- zu Kreditbeschaffungszwecken), geht es letztlich um eine Einschränkung der Ermächtigung, die aus dem Ausweis nicht ersichtlich ist. Die aus den Innenschranken der Ermächtigung abgeleiteten Einwendungen stehen näher zum Verpflichtungstatbestand, so daß dem Schecknehmer in stärkerem Ausmaß zuzumuten ist, dafür zu sorgen, daß das Geschäft in Ordnung geht. Da jedoch die Kontrollmittel nahezu gänzlich außerhalb der Sphäre des Schecknehmers liegen, kann man ihn dem Risiko von Einwendungen nur aussetzen, wenn sich ihm Verdachtsmomente geradezu aufdrängen. Gleiches gilt, falls die Ermächtigung erloschen war. Diese Lösung entspricht der überwiegend zur derzeitigen Rechtslage vertretenen Auffassung (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 835, 842).

Zur zweiten Kategorie sind all die Konstellationen zu rechnen, in denen der Aussteller der Scheckkarte Einwendungen im Interesse seines Kunden vorzubringen sucht. Es geht hier vor allem um Einwendungen aus dem Kausalverhältnis zum Schecknehmer, auf das die „Zahlung“ mit dem Scheck und der Scheckkarte bezogen ist. Wie Canaris (Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 836) zutreffend hervorhebt, sollte die Lösung dieses Komplexes in Parallele zur Lösung des Interessenkonflikts im Falle der Barzahlung erfolgen. Die „Zahlung“ mit Scheckkarte soll dem Zahlungsempfänger eine ähnliche Sicherheit verschaffen, wie die Übereignung von Bargeld. Es liegt daher nahe, die Position des Zahlungsempfängers überall dort zu schützen, wo er bei der Übereignung von Bargeld Eigentum erworben und sich lediglich Bereicherungsansprüchen ausgesetzt gesehen hätte. Nun wird im Falle der „Zahlung“ mit Scheckkarte zwar kein Geld, aber der Scheck übereignet. Im Einklang mit der derzeit h.M. ist daher die Wirksamkeit der Übereignung des Schecks zum maßgeblichen Gültigkeitskriterium zu machen, anhand dessen über die Zulässigkeit der Einwendung zu befinden ist. Danach kann eine Bank z.B. dem Schecknehmer gegenüber nicht vorbringen, der Aussteller des Schecks habe im Rahmen des zugrundeliegenden Kaufvertrages die Wandlung erklärt, wohl aber, der Scheckaussteller habe das ganze Geschäft (Kaufvertrag und Übereignung des Schecks) wegen arglistiger Täuschung angefochten. Die Verknüpfung der Einwendungen mit der Übereignung des Schecks führt auch dann zu sachgerechten Ergebnissen, wenn man den Schecknehmer in weitem Umfang vor dem Fälschungsrisiko schützt. Der Schecknehmer erwirbt nämlich auch dann Eigentum an den Scheckurkunden, wenn der Fälscher gestohlene Scheckurkunden benutzt; denn mit der Ausstellung des Schecks wird er gemäß § 950 BGB Eigentümer des Papiers, das er mithin als Berechtigter weiterveräußert.

Wirkt sich der Mangel des Kausalgeschäfts auf die Übereignung des Schecks nicht aus, so kommt nach der derzeitigen Rechtslage nur der Einwand des Rechtsmißbrauchs in Betracht (vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 836 m. Nachweisen). Es erscheint angesichts des Zieles, die Einwendungen aus dem Valutaverhältnis möglichst in Parallele zur Zahlung mit Bargeld zu behandeln, als fraglich, ob für die Zulassung einer derartigen Einwendung überhaupt eine Rechtfertigung besteht. Jedenfalls bewegt sich dieser Einwand derart im Bereich der Einzelfallgerechtigkeit, daß auf seine Normierung verzichtet werden muß. Offen bleiben sollte auch die Frage, ob die Aushändigung einer Scheckkarte an einen Minderjährigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters zu einer Rechtsscheinhafung der Bank führt (bejahend Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 839), da es hier auch um Probleme des gutgläubigen Erwerbes von Schecks geht, die ausgeklammert wurden, um Fragen des Einheitsrechts nicht durch die nationale Rechtsentwicklung zu präjudizieren.

dd) Fälschung – Verfälschung

Das Ziel einer gesetzlichen Regelung sollte es – unter den genannten Prämissen – sein, das Fälschungsrisiko unter den betroffenen Personen (Bank, Schecknehmer, Kunde, dem

Scheck und/oder Scheckkarte abhanden gekommen ist) so zu verteilen, daß das Risiko nach Möglichkeit geringgehalten, aber auch möglichst schonend aufgefangen wird. Dabei ist sowohl die Gefahr einer Externalisierung von Risiken zu minimieren, als auch angemessen den Verkehrsbedürfnissen, die zum Erfolg der Scheckkarte geführt haben, Rechnung zu tragen.

Betrachtet man unter generell-typischem Aspekt die Möglichkeiten einer Bank, jenseits eines Verschuldensvorwurfes die Fälschung der Unterschrift auf gestohlenen Scheckformularen zu verhindern, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß sie gänzlich fehlen. Allenfalls könnte man der Bank entgegenhalten, daß sie ein Klima geschaffen habe, in dem Schecks gerne entgegengenommen werden. Dies hat jedoch nichts mit der Beherrschbarkeit einer Gefahr zu tun. Vielmehr sind die anderen Beteiligten des Scheckgeschäftes am ehesten in der Lage, die Gefahr einer Fälschung zu bannen. In erster Linie ist dies der Schecknehmer, der dafür zu sorgen vermag, daß er Schecks nur von vertrauenswürdigen Personen entgegennimmt, gegen die er gegebenenfalls leicht Rückgriff nehmen kann (so die Wertung des UCC). Er vermag sich auch einen Ausweis vorlegen zu lassen, anhand dessen er die Unterschrift vergleichen kann (in Frankreich besteht sogar die Pflicht, sich den Ausweis vorlegen zu lassen). In zweiter Linie ist zur Prävention von Fälschungen der Bankkunde berufen, der die Formulare gegen Abhandenkommen zu sichern hat. Es stellt sich nun die Frage, ob sich an den Beherrschungsmöglichkeiten der Bank etwas ändert, falls sie eine Scheckkarte ausgibt, die im Zusammenhang mit der Fälschung verwandt oder ihrerseits verfälscht wird. In der Tatsache, daß die Bank Scheckkarten ausgegeben hat, die die Unterschrift des Kunden tragen, kann eine beherrschbare Erhöhung der Verfälschungsgefahr noch nicht gesehen werden. Die Scheckkarte soll nämlich dem Schecknehmer nur die Prüfung erleichtern, ob die Unterschrift echt ist, und dem Kunden eine leicht verwendbare Ausweiskarte an die Hand geben. Hätten die Banken Scheckkarten ausgegeben, die nur den Namen des Kunden tragen, so wären die Kunden darauf angewiesen gewesen, den Nehmern gegenüber ihre Zeichnungsberechtigung durch die zusätzliche Vorlage eines Ausweises, der ihre Unterschrift trägt, darzutun. Da Scheckkarte und Ausweis dann wohl ebenso regelmäßig gleichzeitig abhanden gekommen wären, hätte der Fälscher dasselbe relativ leichte Spiel gehabt, die Unterschrift des Kunden einzuüben und die angebliche Echtheit der Scheckunterschrift mit Hilfe des Ausweises zu belegen. Nun tragen allerdings im Gegensatz zur Scheckkarte amtliche Ausweise nahezu ausnahmslos ein Lichtbild. Insoweit verfügen Banken in der Tat über gewisse Möglichkeiten, das Fälschungsrisiko weiter zu senken. Gleichwohl reicht dieser Umstand nicht aus, um zu sagen, im Vergleich zum Schecknehmer, der von einem Fälscher einen Scheck unter Vorlage der Scheckkarte entgegennimmt, sei die Bank besser in der Lage, das Fälschungsrisiko zu steuern; denn der Schecknehmer, der sichergehen will, mag sich zusätzlich einen amtlichen Ausweis vorzeigen lassen, oder bei vertrauensunwürdigen Personen auf Zahlung mit Bargeld bestehen. Unter dem Aspekt der Beherrschbarkeit kann demnach das Fälschungsrisiko der Bank nicht zugerechnet werden. Beide Parteien verfügen über gleichwertige, der Schecknehmer wahrscheinlich sogar über die besseren Beherrschungsmöglichkeiten.

Für eine Risikobelastung der Bank spricht jedoch, daß sie die durch Fälschungen entstandenen Schäden leichter aufzufangen vermag. Im Unterschied zu normalen Schecks ist das Fälschungsrisiko, mit dem sie sich konfrontiert sieht, der Höhe nach begrenzt. Es liegt pro Scheck auch relativ niedrig. Die Bank kann ferner in etwa abschätzen, wie groß die Zahl der Scheckformulare ist, die im „Umlauf“ sind. Schließlich dürften sich aus ihrer Geschäftspraxis hinreichend gute Anhaltspunkte über die Fälschungshäufigkeit ergeben, denen sich die Bank flexibel anzupassen vermag. Die Bank ist somit grundsätzlich in der Lage, die Risiken hinreichend zuverlässig einzukalkulieren und durch Verteilung auf ihre Scheckkartenkunden zu streuen. Der einzelne Schecknehmer verfügt demgegenüber über

vergleichsweise erheblich geringere Absorptionsfähigkeit; denn er besitzt insbesondere nicht die Informationen über die Häufigkeit der Fälschung, die notwendig wären, um die Fälschungsgefahr ausreichend einkalkulieren zu können, von dem Zugang zu Versicherungen ganz zu schweigen.

Ein Vergleich der Absorptionsmöglichkeiten spricht somit dafür, ein begrenztes Fälschungsrisiko zunächst der Bank aufzuerlegen, die es mittelbar auf ihre Kunden abzuwälzen imstande ist. AGB könnten die Verteilung des Fälschungsrisikos weiter konkretisieren. So ist es denkbar, einen „Selbstvorbehalt“ der Kunden zu statuieren oder die Belastung der Bank entsprechend der Versicherbarkeit durch Höchstsummen zu begrenzen.

Die jeder Versicherungslösung immanente Gefahr einer Externalisierung von Risiken lassen sich recht gut gering halten. Zum einen muß für die Schecknehmer der Anreiz aufrechterhalten bleiben, mit zumutbaren Mitteln Fälschungen aufzudecken. Im Verhältnis Bank-Scheckkarteninhaber ist die oben entwickelte Regel anzuwenden, daß der Kunde grundsätzlich mit dem Risiko voll belastet werden darf, das er durch sein fahrlässiges Verhalten geschaffen hat, oder das daraus resultiert, daß die Scheckkarte und/oder Scheckformulare von Personen zu Fälschungen benutzt werden, die zum Kreis seiner Leute gehören oder denen er die Papiere anvertraut hat.

Im übrigen mag die Bank das Fälschungsrisiko in Art von Versicherungsprämien auf ihre Kunden zurückwälzen. Dabei kann sie sich an der konkreten Fälschungshäufigkeit orientieren, etwa durch Staffelung der Scheckkartengebühr für Personen, denen die Scheckkarten abhanden gekommen sind, Gebühren für Scheckformulare (je größer die Zahl der Formulare, desto größer tendenziell die Gefahr von Fälschungen) oder durch ein malus-System.

Trotz eines Verschuldens des Kunden sollte man den Banken eine volle Belastung des Kunden in Konstellationen versagen, in denen die dem Kunden schuldhaft abhanden gekommene Scheckkarte oder die Scheckformulare in ihrem Aufdruck (insbesondere Kontonummer) verfälscht worden sind. Wollte man auch diese Gefahr letztlich dem Kunden zuweisen, so hätte das zur Konsequenz, daß sich der Kunde mit ungeheueren Risiken konfrontiert sähe; denn das Fälschungsrisiko wäre nicht durch die Zahl der dem Kunden ausgehändigten Scheckformulare begrenzt, da insbesondere durch Manipulationen an den Kontonummern von beliebigen Scheckvordrucken die Scheckkarte zu einer unübersehbaren Vielzahl von Betrugshandlungen eingesetzt werden könnte. Dieses besondere Risiko den Banken aufzubürden, erscheint aus zwei Gründen als gerechtfertigt. Zum einen vermag der Scheckkarten-Aussteller das Risiko bedeutend besser zu absorbieren. Zum anderen ist das Risiko aus der Sicht des Scheckkarten-Ausstellers nicht gänzlich unherrschbar; denn er vermag den Aufdruck verfälschungssicher zu machen. Die Risikobelastung bringt mithin auch einen Anreiz, die Bemühungen um eine Ausschaltung des Verfälschungsrisikos zu optimieren.

Die Banken entlasten derzeit die Schecknehmer vom Risiko der Fälschung der Unterschrift und vom Risiko der Verfälschung von Scheckkarten und/oder -formularen. Zu Recht befreien sie die Schecknehmer nicht von der Gefahr, daß Scheckkarte oder -formulare gefälscht werden; denn diese Gefahr ist unübersehbar und von der Bank nicht zu steuern. Insoweit befinden sich die Nehmer in der gleichen Situation wie bei dem Empfang von Falschgeld, klargestellt werden sollte aber, daß die Bank auch dann einzustehen hat, falls ihr echte Formulare oder Scheckkartenvordrucke abhandenkommen. Dieses Risiko ist der Bank kraft ihres insoweit bestehenden Beherrschbarkeitsvorsprunges zuzurechnen (so wohl de lege lata auch Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Anm. 848). Außerdem ist zu beachten, daß sie das Risiko, daß ihr die Formulare abhandenkommen, besser einkalkulieren kann als der Nehmer des Schecks, dessen Kontrollmöglichkeiten beschränkt sind. Der Gesetzesvorschlag wählt in Anknüpfung an Art. 21 SchG die Formulierung „irgendwie

abhanden gekommen“. Damit soll deutlich gemacht werden, daß alle Formen des Besitzverlustes erfaßt werden. Unter Umständen kann hierunter sogar der Fall subsumiert werden, daß ein geschäftsunfähiger Vertreter der Bank Scheckkarten ausgibt. Anders als bei der Fälschung von Unterschriften ist dem Schecknehmer der Schutz jedoch erst dann zu entziehen, wenn ihm zumindest grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt; denn beim Vergleich der Unterschriften braucht er nur die ihm vorliegenden Unterschriften sowie die Beschriftung der Formulare sorgsam zu vergleichen. Ein derartiger Vergleich der Unterschriften hilft aber nicht weiter, wenn Scheckformulare und/oder die zugehörigen Scheckkartenvordrucke abhanden gekommen sind, da diese Vordrucke unverfälscht sind und auch die Originalunterschriften tragen. Um das Abhandenkommen aufzudecken, muß somit der Schecknehmer auf Daten zurückgreifen, die ihm nicht so wie Scheck und -karte mit ihren gefälschten Aufschriften präsent vorliegen, sondern erst durch Ermittlungen außerhalb seiner Sphäre (z.B. Rückfragen bei der Bank) ermittelt werden können. Diese Lösung übernimmt die Wertung, die auch für die Entscheidung der Frage maßgeblich ist, unter welchen Umständen sich die Bank darauf berufen darf, daß die Scheckkarte pflichtwidrig benutzt worden sei.

ee) Übertragbarkeit

Die Ausgestaltung der Vorschrift, die die Übertragung der Garantieforderung behandelt, ist daran orientiert, daß kein erhebliches Bedürfnis für den Schutz des gutgläubigen Erwerbers existiert. Die Scheckkartengarantie wird immer auf relativ geringe Beträge lauten, so daß sich der Handel mit „garantierten“ Schecks in Grenzen halten wird. Im übrigen werden Erwerber im normalen Geschäftsverkehr kaum das Risiko eingehen wollen, daß der Scheck – für sie unkontrollierbar – die falsche Scheckkartennummer trägt. Es ist daher zu erwarten, daß die garantierten Schecks auch in Zukunft ohne Zwischenerwerber, die nicht zum Kreis der Banken gehören, sofort zum Inkasso eingereicht werden. Ein gesteigertes Schutzbedürfnis der Erwerber kann deshalb nicht anerkannt werden. Auch wenn ein gewisses Bedürfnis für den Umlauf „garantierter“ Schecks bestünde, sollte ihm nur äußerst zurückhaltend Rechnung getragen werden. Andernfalls wären Systembrüche zum Akzeptverbot des Art. 4 SchG unvermeidbar. All das spricht dagegen, spätere Erwerber garantierter Schecks nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen zu schützen.

Hieraus folgt jedoch nicht, daß man darauf verzichten müßte, den gutgläubigen Erwerber eines Schecks davor zu sichern, daß der einwendungsfreie Garantieanspruch beim früheren Scheckinhaber verbleibt. Für den früheren Scheckinhaber ist der Garantieanspruch wertlos; denn ihm kann man dessen Geltendmachung nur unter der Vorlage des Schecks erlauben, da man den Aussteller – aus Art. 12 SchG und durch den Erstattungsanspruch der Bank – nicht zweimal belasten darf. Andererseits ist kein Grund ersichtlich, warum der Scheckwerker nicht den einwendungsfreien Scheckanspruch erlangen sollte. Zwar muß sich der Erwerber blind auf die Zusicherung des Veräußerers verlassen, daß der Scheck die richtige Scheckkartennummer trägt. Dies allein kann einem gutgläubigen Erwerb der Forderung jedoch nicht im Wege stehen, falls man den Garantieanspruch akzessorisch ausgestaltet. Im übrigen wird im Wertpapierrecht auch sonst verbreitet ein gutgläubiger Erwerb ohne Rechtsscheingrundlage anerkannt.

Für eine akzessorische Ausformung des Garantieanspruchs läßt sich ins Feld führen, daß im Geschäftsverkehr der eine Scheckkarten-Nummer tragende Scheck als eine besonders sichere Art des Schecks angesehen wird, den der Veräußerer dem Erwerber durch Begebung verschaffen soll. Indessen wird sich jedenfalls der übliche Veräußerer eines Schecks kaum jemals bewußt werden, daß er den Garantieanspruch gesondert zedieren müsse. Die Formel von der konkludent erklärten Zession grenzt an eine Fiktion. Eine Akzessorietät schafft hier Klarheit.

ff) Kraftloserklärung

Ein Aufgebot der Scheckkarte könnte in zwei Fallgruppen von Bedeutung sein. Im ersten Komplex geht es um die Fälle, in denen die aus der Scheckkarte ersichtliche Boten- bzw. Vertretungsmacht oder Ermächtigung gar nicht entstanden oder, z.B. infolge Beendigung des Scheckkartenvertrages, wieder erloschen ist. Im zweiten Komplex geht es um Konstellationen, in denen die Scheckkarte zu Fälschungen bzw. Verfälschungen benutzt wird. Es liegt nun sicherlich nahe, in den zur zweiten Kategorie gehörenden Konstellationen dafür zu plädieren, den Kunden vor Verlusten mit Hilfe einer Kraftloserklärung der Scheckkarte zu schützen. Damit würde man jedoch der Wertung zuwider handeln, auf die der Erwerb des Garantieanspruchs im Falle einer mit verkehrserforderlicher Sorgfalt unerkennbaren Fälschung gestützt wurde. Zur Begründung des Gesetzgebungsvorschlages wurde ausgeführt, daß im Verhältnis Bank/Schecknehmer das Risiko in erster Linie der Bank zuzurechnen sei. Diese Regel beruht allerdings nicht auf der Überlegung, daß die Bank besser als der Schecknehmer in der Lage sei, Fälschungen aufzudecken. Im Gegenteil spricht vieles dafür, daß der Schecknehmer durch einen Vergleich der Unterschriften und Vordrucke im Vergleich zur Bank die Fälschungen leichter auszuschalten imstande ist. Es liegt primär an der Qualität seiner Organisation, wenn eine Vielzahl von Fälschungen unerkannt passieren, obwohl ihm die Vergleichsdaten und das Prüfungsmaterial präsent vorliegen. Wenn nun gleichwohl vorgeschlagen wurde, das Fälschungsrisiko in Situationen, in denen Schecknehmer trotz ordentlicher Prüfung auf Fälschungen hereinfallen, der Bank anzulasten, so geht dies auf die Erwägung zurück, daß die Banken als Aussteller der Scheckkarten bedeutend besser in der Lage sind, dieses Risiko zu absorbieren. Zu dieser Wertung würde man sich in Widerspruch setzen, falls man den Schecknehmer der Gefahr aussetzt, von der Kraftloserklärung einer Scheckkarte ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt oder die Anzeige der Kraftloserklärung wieder vergessen zu haben. Die Kraftloserklärung wird nämlich nach geltendem Recht dem Betroffenen nach den Grundsätzen der abstrakten Beherrschbarkeit zugerechnet, so daß es unerheblich ist, ob ihm schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann. Zwar ist es im Wertpapierrecht grundsätzlich Sache des potentiellen Erwerbers, wie er die Nachricht von der Kraftloserklärung speichert und verwertet. Mit der Kraftloserklärung ist ihm jedenfalls die Möglichkeit verschafft worden, bestimmte Risiken auszuschalten. Bei der Scheckkarte ist indessen angesichts der Absorptionsmöglichkeiten der Aussteller von Scheckkarten eine derartig intensive Risikobelastung unangemessen. Von einem durchschnittlichen Schecknehmer kann nicht erwartet werden, daß er entweder mit ungeheuerem Aufwand die Daten der für kraftlos erklärten Scheckkarten sammelt oder die Gefahr einer Fälschung in Kauf nimmt. Angemessen ist es vielmehr auch hier, daß der Aussteller der Scheckkarte die Risiken voll auffängt und sachgerecht weitergibt. Es mag allerdings sein, daß die Weiterentwicklung der EDV die Prüfung, ob eine Scheckkarte abhanden gekommen ist, zumutbar machen wird. Um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, bedarf es aber keiner Spezialvorschrift. Es genügt die Regel, daß der Schecknehmer das Risiko zu tragen hat, falls er es bei Anwendung verkehrserforderlicher Sorgfalt auszuschalten vermochte.

Damit wird auch kein Wertungswiderspruch zu Art. 59 SchG oder § 176 BGB geschaffen. Art. 59 SchG ist auf Wertpapiere zugeschnitten, die auf unbegrenzt hohe Summen ausgestellt werden können. Bei Schecks läßt sich daher niemand ausfindig machen, von dem sich von vornherein sagen ließe, er könne das mit dem Abhandenkommen von Wertpapieren verbundene Risiko bedeutend besser absorbieren, als es der Erwerber zu beherrschen in der Lage ist. Gleiches gilt für § 176 BGB. Auch hier ist die Norm nicht auf Urkunden mit typischerweise eng begrenzten Vollmachten zugeschnitten, sondern gilt für alle Vollmachten, selbst solche, die dem Inhaber umfassende Befugnisse bescheinigen. Auch dieses Risiko läßt sich nicht mehr ohne weiteres vom Vollmachtgeber absorbieren, während es der

Kontrahent immerhin noch zu beherrschen vermag. Schließlich ist auf § 807 BGB hinzuweisen, der für typischerweise geringwertige Wertpapiere auf ein Aufgebot verzichtet.

Der Verzicht auf ein Aufgebot im Falle abhanden gekommener Scheckkarten ist auch aus der Sicht der Bankkunden vertretbar. Sie werden vom Fälschungsrisiko nur dann voll getroffen, wenn ihnen Scheckkarten schuldhaft abhanden kamen oder von Personen zu Fälschungen benutzt wurden, die zu ihren Leuten gehören oder denen sie die Scheckkarte anvertraut haben. Hat der Kunde schuldhaft den Mißbrauch der Scheckkarte begünstigt, so ist er sicher „näher dran“, den Verlust auf sich zu nehmen. Dies erscheint zumal in Anbetracht des Umstandes als gerechtfertigt, daß der Kunde in aller Regel sein Risiko durch Begrenzung seines Vorrates an Scheckformularen unschwer in Grenzen zu halten vermag.

Die Erwägungen, die gegen ein Aufgebot sprechen, gelten erst recht, wenn einer Bank Vordrucke „irgendwie abhandenkommen“. Sie schlagen ferner in Konstellationen durch, in denen z.B. die Scheckkarte nicht vertragsgemäß zurückgegeben wird. Die Bank vermag dieses Risiko ebenfalls ohne Schwierigkeiten zu absorbieren – ein Risiko, das sie überdies durch Beschränkung der Zahl der Scheckvordrucke, die sie ausgibt, möglichst gering zu halten imstande ist. Auch hier spricht alles dafür, das Risiko dem Aussteller der Scheckkarte ohne die Möglichkeit, es durch Kraftloserklärung von sich abzuwenden, sogar bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit aufzubürden.

4. Debit card

Eine Überarbeitung des Wertpapierrechts gibt Gelegenheit, in das BGB Instrumente einzubauen, die eine stärkere Umstellung wesentlicher Teile des Zahlungsverkehrs auf EDV erleichtern. Dabei wird folgende Entwicklung vorausgesetzt: Die Einzelhändler und Dienstleistungsunternehmen sind mit den Bankcomputern in Direktverkehr (on-line [real time]) verbunden. Der Kunde „bezahlt“ mit seiner debit card durch Eingabe der Karte in einen Computer-Terminal, der die Kartenummer einliest und mit Hilfe von Sicherungsvorkehrungen (etwa Kennzahlen; Kontrolle der Identität anhand der Stimme) prüft, ob der die Karte eingebende Kunde „zahlungsberechtigt“ ist und sein Konto bei der Bank gedeckt ist. Führt diese Prüfung zu einem positiven Ergebnis, so wird die Buchung ausgeführt, d.h. das Konto des Kunden belastet und der Betrag dem Konto des Einzelhändlers – bzw. Dienstleistungsunternehmers – unmittelbar gutgeschrieben (näher dazu Bernhardt/Dambmann, Elektronisches Geld [1979], S. 6. ff. m. vielen Nachweisen).

Der Vorgang mag modifiziert werden. Jedenfalls werden drei Probleme entstehen, die de lege lata nur schwer gelöst werden können. Am dringendsten ist die Lösung der Frage, wer das Risiko eines Mißbrauchs der debit card auf sich zu nehmen hat. Diese Frage kann zwar in weitem Umfang durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Banken und Einzelhändlern etc., bei denen die Terminals stehen, geklärt werden. Der Verkehrsschutz erfordert aber eine Sicherung der Inhaber der Terminals auch dann, wenn aus irgendwelchen Gründen die Verträge unwirksam sein sollten. Ferner sollte in Anlehnung an das Recht der Scheckkarte dargetan werden, in welchem Umfang der Inhaber einer debit card mit einer Belastung zu rechnen hat, falls ihm die Karte abhanden kommt oder mißbräuchlich benutzt wird. Auch die Einwendungsprobleme sollten in Anlehnung an die entsprechende Lösung bei der Scheckkarte geregelt werden.

Es läßt sich allerdings derzeit noch nicht hinreichend klar übersehen, in welchen Einzelpunkten Probleme auftauchen können. Ein Gesetzgebungsvorschlag erscheint deshalb erst dann als sinnvoll, wenn auch die Detailprobleme übersehen werden können; denn die Rechtsfigur „debit card“ sollte von vornherein so ausgeformt werden, daß sie von den beteiligten Wirtschaftskreisen auch verwandt wird.

5. Reiseschecks

Das deutsche Recht kennt keinen besonderen Typus des Reiseschecks. Als Typus ist er – soweit ersichtlich – nur in Art. 44 des italienischen Scheckgesetzes in der Form geregelt, daß der Aussteller des Schecks die Zahlung vom Vorliegen einer zweiten mit der des Empfängers auf dem Papier übereinstimmenden Unterschrift abhängig machen kann. Aussteller des Schecks ist demnach die Bank. Im übrigen bedient man sich aus rechtsvergleichender Sicht zur Ausstellung des Reiseschecks der allgemein üblichen Wertpapierformen. So ist in den USA der Reisescheck in der Form des *cashier cheque*, eines angenommenen Schecks oder einer Art Orderschuldversprechen, bekannt.

Die Rechtsnatur des DM-Reiseschecks ist umstritten. Verbreitet ist die Ansicht, daß er einen normalen Scheck darstelle, der – die Konstellationen der Fälschung ausgeklammert – von dem Reisenden, der den Reisescheck bei der Emissionsbank erworben hat, ausgestellt werde (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 337; Heinichen, Rechtsgrundlagen des Reisescheckverkehrs [1964], S. 55 ff. jeweils m. Nachweisen). Da die DM-Reisescheckformulare keine Rubrik für die Benennung des Schecknehmers aufweisen, ein Nehmer deshalb ausdrücklich in aller Regel nicht angegeben wird, muß man diese Schecks als Inhaberschecks qualifizieren (a.A. Canaris, a.a.O.; Heinichen, a.a.O.). Die Qualifikation des Reiseschecks als Scheck stößt auf die Schwierigkeit, daß nicht ganz klar ist, wann der Scheck ausgestellt wird. In den derzeit gebräuchlichen Formularen stehen auf einer Zeile links die Rubrik „Gegenzeichnung“ und rechts die Rubrik „Ort und Datum der Einlösung“. Auf einer darunterliegenden Zeile, die das Papier räumlich abschließt, befindet sich die Rubrik „Namenszeichen“. Die zuletzt genannte Rubrik wird vom Erwerber der Reisescheckformulare sofort bei deren Ausgabe unterzeichnet, während die Rubriken „Gegenzeichnung“ sowie „Ort und Datum der Einlösung“ erst im Moment der Einlösung ausgefüllt werden sollen. Die räumliche Ausgestaltung des Papiers, aber auch die Bezeichnung der Erstunterschrift als Namenszeichnung legen es nahe, die Erstunterschrift als die maßgebliche Ausstellerunterschrift zu kennzeichnen (so Heinichen, a.a.O., S. 52 f.). Allerdings ist mit der bloßen Erstunterschrift noch kein wirksamer Scheck entstanden; denn es fehlen sowohl Ausstellungsort als auch Ausstellungsdatum. Solange also das Papier nicht vervollständigt ist, gilt es gemäß Art. 2 (1) SchG nicht als Scheck. Eine Vervollständigung des Wechsels von fremder Hand ohne Ausfüllungsermächtigung gilt als Fälschung. Ein gutgläubiger Erwerb kommt in Betracht, da man die bewußte Zeichnung eines Blanketts dem Aussteller zurechnen muß (vgl. Koller, WM 81, 210 [219] m. Nachw.).

Um einen gutgläubigen Erwerb des Schecks von vornherein zu verhindern, sehen andere in der „Gegenzeichnung“ die eigentliche Ausstellerunterschrift (Canaris, a.a.O., Anm. 342 m. Nachweisen). Eine Fälschung der „Gegenzeichnung“ läßt sich von diesem Standpunkt aus nicht so leicht dem Erwerber der Reisescheckformulare zurechnen.

Hefermehl (Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., Anh. § 365 Anm. 314) stellt die Qualifikation des Reiseschecks als „Scheck“ überhaupt in Frage. Seiner Ansicht zufolge ist es sachwidrig, die Namenszeichnung des Reisenden, der den Reisescheck bei Erwerb bereits bezahlt hat, als Ausstellerunterschrift zu werten, die eine spezifisch-scheckrechtliche Haftung auslöst. Zöllner (Rehfeldt/Zöllner, a.a.O., S. 138) hält es dagegen für wünschenswert, daß insbesondere im Hinblick auf Indossamente die Garantiefunktion des Schecks eingreift, falls der Bezogene nicht zahlt. Es läßt sich demnach festhalten, daß der DM-Reisescheck sehr unklar ausgestaltet ist. Weder ergibt sich aus den Formularen hinreichend deutlich, welche Unterschrift die Willenserklärung des Ausstellers tragen soll, noch wird für die Reisenden ausreichend erkennbar, ob sie spätestens bei der Einlösung einen Scheck ausstellen, der auch einmal wegen Zahlungsunfähigkeit der bezogenen Bank ungedeckt sein kann. Daraus folgt aus wertpapierrechtlicher Sicht indessen nicht zwingend, daß die Einführung eines besonderen Wertpapiertyps „Reisescheck“ zu empfehlen ist.

Ein wertpapierrechtlich besonders abgesicherter Reisescheck könnte drei Funktionen erfüllen, die die bisher bekannten Wertpapiere nur unzulänglich zu erfüllen imstande sind. Zum einen könnte er die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb vom Fälscher oder Personen, die das Papier vom Fälscher erhalten haben, bieten, falls für den Nehmer des Papiers die Fälschung bei verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht erkennbar ist. Zum anderen könnte es als wünschenswert erscheinen, den Regreß der Inkassobank gegen den Vorleger eines nicht gutgläubig erworbenen Reiseschecks zu sichern, ohne damit eine Ausstellerhaftung des Reisenden zu verbinden. Schließlich mag man eine Regelung der Voraussetzungen für angebracht halten, unter denen der Inhaber eines Reiseschecks Zahlung fordern und an ihn befreiend geleistet werden darf.

Bei näherer Untersuchung zeigt sich jedoch, daß für einen Reisescheck, der die oben aufgeführten Funktionen erfüllt, kein großes Bedürfnis bestehen dürfte. Es besteht sogar die Gefahr, daß derartige Reiseschecks Geldcharakter annehmen könnten. Sichert man jeden gutgläubigen Erwerber gegen das Risiko ab, daß er den Reisescheck von einem Nichtberechtigten mit einer gefälschten, aber nach dem äußeren Gesamtbild echt erscheinenden Zweitunterschrift erworben hat, so wird der Reisescheck jedenfalls dann wie Geld umlauffähig werden, falls man ihn in das Gewand einer Inhaber- oder Orderschuldverschreibung kleidet. Aber selbst dann, wenn man eine derartige Umlauffähigkeit durch Vorlagefristen ausschaltet, bringt eine typisierte Ausdehnung des gutgläubigen Erwerbs mehr Nachteile als Vorteile. Derzeit kann der Reisende, der sich Reiseschecks ausstellen läßt, davon ausgehen, daß sie mit der Konsequenz, daß er das Verlust- und Fälschungsrisiko voll zu tragen hat, nur bei der Emissionsbank oder von dieser ausgesuchten, besonders vertrauenswürdigen Korrespondenzbanken (vgl. Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 346) bzw. anderen Instituten eingelöst werden können. Nach den Einlösungsrichtlinien sind diese Banken verpflichtet, darauf zu achten, daß die Zweitunterschrift vor den Augen des Schalterangestellten der Einlösungsstelle erfolgt. Im Zweifelsfall, der insbesondere durch das Auftreten des Vorlegers veranlaßt sein kann, muß die Unterschrift mit der Unterschrift in einem Lichtbildausweis des Vorlegers verglichen werden. Der Schutz gegen den Mißbrauch abhanden gekommener Reiseschecks beruht demnach nicht allein auf dem Umstand, daß ein Fälscher nach dem äußeren Gesamtbild „echte“ Unterschriften anfertigen muß; er muß dies auch vor den Augen geschulten Personals tun, das sich im Zweifelsfall den Ausweis vorlegen lassen kann. Schon im eigenen Interesse wird die Emissionsbank die Korrespondenzbanken so auswählen, daß sie sich auf die Einhaltung ihrer Einlösungsrichtlinien verlassen kann.

Der Schutz der Einlösungsrichtlinien wäre nicht mehr gewährleistet, wenn man jedem, der einen Reisescheck in Zahlung nimmt, einen gutgläubigen Erwerb zusichert, falls er die genannten Vorsichtsmaßregeln beachtet. Dies zeigt deutlich das Beispiel, in dem ein Einzelhändler einen Reisescheck von einem Fälscher entgegennimmt und ihn über seine Bank zum Inkasso vorlegt. Die Emissionsbank, der der Verlust der Reiseschecks vom Reisenden mitgeteilt worden ist, kann selbst nur nachprüfen, ob die Unterschriften den Anschein der Echtheit bieten. Im übrigen muß sie sich auf die Behauptungen des Einzelhändlers verlassen, daß die Zweitunterschrift vor seinen Augen geleistet worden ist und daß der Zeichner sich ordentlich durch einen Lichtbildausweis ausgewiesen hat. Sie muß mithin selbst dann zahlen dürfen, wenn diese Vorsichtsmaßregeln nicht eingehalten worden sind. Deshalb kann man konsequenterweise als Voraussetzung eines gutgläubigen Erwerbes lediglich den äußeren Anschein der Echtheit der Zweitunterschrift postulieren. Läßt man einen gutgläubigen Erwerb auf diesem Niveau zu, so muß man freilich in Kauf nehmen, daß den Reisenden ein größeres Verlustrisiko trifft, und daß sich die Banken um den good will ihrer Reiseschecks sorgen müssen.

Dagegen mag man einwenden, daß die Banken das erhöhte Risiko aufzufangen und zu streuen imstande sind. Man könnte auf das Vorbild der Scheckkarten-Regelung und auf die Bankenpraxis verweisen, derzufolge Reisenden in gewissem Umfang der Gegenwert der Reiseschecks im Falle eines Verlustes erstattet wird. Gleichwohl empfiehlt es sich im Unterschied zu den Scheckkarten nicht, kraft gesetzlicher Typisierung den Banken in weitem Umfang das Fälschungsrisiko aufzuerlegen. Bei der Ausgabe von Reiseschecks besitzen die Banken angesichts der Vielzahl von Ausgabestellen und der Flüchtigkeit der Beziehungen keine vergleichbaren Möglichkeiten, die Risiken gerecht den einzelnen Kunden zuzuordnen. Sie sind außerstande, Personen, denen besonders häufig Reiseschecks abhanden kommen, mit höheren Gebühren zu belegen, ihnen die Ausgabe von Reiseschecks zu verweigern oder sie im Falle des Verlustes in Form einer Art Selbstvorbehalts einen Teil des Verlustes tragen zu lassen. Die Banken müßten die Verlustrisiken gleichmäßig auf alle Erwerber von Reiseschecks verteilen und damit diejenigen Reisenden bevorzugen, die die Reiseschecks erhöhten Gefahren exponieren, ohne daß ihnen der Vorwurf schuldhaften Verhaltens gemacht werden könnte. Schließlich ist zu bedenken, daß die Einzelrisiken bedeutend größer sind. Scheckformulare werden nur in begrenztem Umfang ausgegeben, während Reiseschecks in unbegrenzter Höhe erworben werden und in falsche Hände geraten können (vgl. LG Frankfurt, WM 80, 290). Es mag für die Banken, zumal unter dem Schutz der gebräuchlichen Einlösungsrichtlinien, derzeit möglich sein, Versicherungsfunktionen zu erfüllen. Bei einem Reisescheck, dessen Erwerber stärker in ihrem guten Glauben geschützt werden, kann aber nicht mehr zuverlässig gesagt werden, ob die Banken imstande sein werden, die Fälschungsrisiken auch in Zukunft aufzufangen und ob die Kunden bereit sein werden, die Kosten dieses Schutzes vor Fälschungsrisiken zu tragen.

Es erscheint daher als angebracht, den Reisescheck in seiner Typizität voll zur Disposition der Emittenten zu stellen und ihnen anheim zu geben, den Reisescheck in dem Rahmen der Privatautonomie auszuformen. Die Privatautonomie stellt den Emittenten hierfür ausreichende Instrumente zur Verfügung. Das Fälschungsrisiko kann im Gefüge zwischen Emittent, Reisenden und Korrespondenzbanken angemessen durch Verträge verteilt werden. Wenn die Emittenten in Zukunft daran interessiert sein sollten, den Kreis der potentiellen Einlöser zu erweitern, ohne mit ihnen ein Netz schuldrechtlicher Verträge zu knüpfen, so könnten sie sich der Inhaber- und Orderschuldverschreibungen bedienen, die im Einvernehmen mit den für die Genehmigung der Emission zuständigen Stellen durch die Aufnahme von Bedingungen (z.B. Vorlegungsfristen) derart auszugestalten wären, daß die Reiseschecks keine Geldfunktionen übernehmen können. Da Inhaber- und Orderschuldverschreibungen nicht bedingungsfeindlich sind, kann der Anspruch auch davon abhängig gemacht werden, daß das Papier zwei dem äußeren Anschein nach echte Unterschriften trägt. Freilich müßten zusätzlich einige Randbedingungen geändert werden, z.B. die Wechselsteuerpflicht modifiziert werden.

Als Ergebnis bleibt mithin festzuhalten, daß derzeit kein Bedürfnis besteht, den Reisescheck gesetzlich zu typisieren. Das geltende Recht bietet genügend Gestaltungsmöglichkeiten, die mit dem Reisescheck typischerweise verbundenen Interessenkonflikte angemessen zu lösen. Die eingangs geschilderten Schwierigkeiten, die bei der juristischen Qualifikation des DM-Reiseschecks auftreten, resultieren daraus, daß die Reisescheckformulare die Rechtsnatur des Papiers nicht hinreichend deutlich machen. Sie reichen nicht aus, um ein Tätigwerden des Gesetzgebers zu rechtfertigen, da die Rechtsprechung hier ohne weiteres in der Lage ist, klare Verhältnisse zu schaffen.

6. Postscheck

Die Deutsche Bundespost befaßt sich unter der Bezeichnung „Postscheckdienst“ mit dem bargeldlosen Zahlungsverkehr. Zu den Instrumenten dieses bargeldlosen Zahlungsverkehrs

gehört der Postscheck (§ 15 PostSchO) und der Eurocheque samt ec-Karte (§ 15a PostSchO).

Als gesetzliche Grundlagen des Postschecks sind zu nennen: Das Gesetz über das Postwesen v. 28.7.1969 (BGBl. I 1006), die Postscheckordnung v. 1.12.1969 (BGBl. I 2159), geändert durch die VO v. 5.7.1974 (BGBl. I 1445) und 7.7.1975 (BGBl. I 1866) sowie Art. 30 des Genfer Abkommens über das einheitliche Scheckgesetz, in dem sich jeder der vertragsschließenden Teile vorbehalten hat, die Anwendbarkeit des SchG für Postschecks auszuschließen.

Der Postscheck ist teils dem öffentlichen, teils dem Privatrecht zuzuordnen. Nach ganz h.M. unterliegt der Postscheckdienst dem öffentlichen Recht (Baumbach/Hefermehl, Einl. SchG Anm. 29; Willwater, Postscheck und Scheckgesetz, Diss. Tübingen [1978] S. 32 ff.; Schönle, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. S. 428). Dies kommt besonders deutlich darin zum Ausdruck, daß es zur Ausstellung eines Postschecks nicht der Geschäftsfähigkeit bedarf. Gemäß § 15 (1) PostSchO kann der Postscheckteilnehmer das Postscheckamt mit Postscheck beauftragen, einen Betrag von seinem Postscheckkonto abzubuchen und auszu zahlen. Dieser Auftrag entspricht der in Art. 1 Nr. 2 SchG genannten Anweisung, wobei der Vorbehalt fehlt, daß die Anweisung unbedingt sein muß. Aus der PostSchO ergibt sich keine Begrenzung des Kreises der Postscheckteilnehmer. Andererseits heißt es in § 8 (1) PostG, daß jedermann Anspruch auf die Benutzung der Einrichtungen des Postwesens habe, auch wenn er nicht voll geschäftsfähig ist. Es liegt daher der Schluß nahe, daß auch nicht voll geschäftsfähige Personen am Postscheckverkehr teilnehmen können. Im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses ist eine solche Regelung ohne weiteres denkbar, so daß der mit Hilfe des Postschecks formularmäßig mit den Worten „zahlen Sie gegen diesen Scheck aus meinem Guthaben“ erteilte Auftrag als eine Weisung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses zu qualifizieren ist (vgl. Willwater, a.a.O., S. 55).

Unter dem Aspekt der Anweisung weicht die PostSchO vom SchG in weiteren Punkten ab. So findet sich in § 15 (3) PostSchO eine Art gesetzlicher Domizilregelung. § 23 (2) PostSchO läßt den Widerruf von Postschecks bis zum Zeitpunkt der Lastschrift zu. Schließlich findet gemäß §§ 11, 19 PostG die verschuldensunabhängige Haftung des Bezogenen, der einen Verrechnungsscheck bar auszahlt, (Art. 39 (4) SchG) keine Anwendung.

Im Hinblick auf die im Scheck verbrieft Haftung des Ausstellers und der Indossatare findet sich weder im PostG noch in der PostSchO eine Regelung. In § 15 (5) PostSchO ist lediglich gesagt, daß Postschecks mit Übertragungsvermerken „nicht zugelassen“ sind. Die von den Postscheckämtern ausgegebenen Vordrucke bezeichnen den Zahlungsauftrag als Scheck, nicht einmal als Sonderform des Schecks, als Postscheck. Der Nehmer eines derartigen Schecks muß also davon ausgehen, daß er einen Scheck erhält, der ihm die Rechtsstellung eines normalen Schecknehmers verleiht. Da nirgends eine Regreßhaftung des Scheckausstellers ausgeschlossen ist, wird man wohl ferner annehmen müssen, daß der Postscheck im Verhältnis Aussteller-Nehmer als Scheck im Sinne des SchG zu behandeln ist. Die Vorschriften des SchG sind demnach zumindest analog heranzuziehen (Baumbach/Hefermehl, Einl. SchG Anm. 31; Willwater, a.a.O., S. 56 ff.). Dies entspricht auch der Praxis des Postscheckamtes, das die von Dritten eingereichten Postschecks mit dem Nicht-einlösungsvermerk versieht.

Gleichwohl gibt es aber auch im Verhältnis Aussteller-Nehmer und sonstigen Dritten Unterschiede zum normalen Scheck.

Die von den Postscheckämtern ausgegebenen Scheckformulare tragen durchwegs die „Überbringer-Klausel“ (Art. 5 (2) SchG) und sind mithin auf die Ausstellung von Inhaberschecks zugeschnitten. Einer Absicherung dieser Ausgabe von Inhaberscheckformularen

könnte entsprechend Nr. 8 der Scheckbedingungen der Banken § 15 (5) PostSchO dienen, demzufolge Postschecks mit Übertragungsvermerken nicht zugelassen sind. Zweifelhaft ist aber, ob damit nicht generell Orderschecks mit Indossamenten auch im Verhältnis zum Nehmer für unwirksam erklärt werden. Unklar ist auch die Reichweite dieser Vorschrift im Verhältnis zu Personen, die auf Inhaberschecks ein Indossament setzen (Art. 20 SchG).

Problematisch ist weiterhin, ob aus der allgemeinen postrechtlichen Regel, daß auch nicht-voll-geschäftsfähige Personen Postschecks ausfüllen können, folgt, daß dieser Personenkreis als Aussteller gemäß oder analog Art. 12 SchG der Ausstellerhaftung unterliegt.

Am deutlichsten scheint der Postscheck im Verhältnis Aussteller-Nehmer unter dem Aspekt der Widerruflichkeit vom SchG abzuweichen. § 23 (2) PostSchO läßt den Widerruf bis zur Lastschriftbuchung zu. Dem Wortlaut dieser Vorschrift zufolge bezieht sich der Widerruf auf den Postscheck als solchen und stellt nicht lediglich eine Weisung an das Postscheckamt dar, die Auszahlung zu unterlassen. Versteht man § 23 (2) PostSchO so, wie er formuliert ist, so könnte dem Nehmer eines Postschecks jederzeit der Regreßanspruch aus der Hand geschlagen werden. Eine derartige Regelung wäre möglich; sie wäre auch mit dem Genfer Abkommen vereinbar (Willwater, a.a.O., S. 120 f.).

Die Position der Schecknehmer wird ferner bei Verrechnungsschecks durch die Haftungseinschränkung der §§ 11, 19 PostG verschlechtert, durch die die scharfe Haftung des Art. 39 (4) SchG beseitigt wird.

Relativ zweideutig ist die Regelung der PostSchO auch in dem Fall, daß der Aussteller die vom Postscheckamt ausgegebenen ec-Formulare verwendet. § 15a PostSchO sagt lediglich, daß im Unterschied zu normalen Postschecks ausschließlich an voll geschäftsfähige Personen ec-Vordrucke und ec-Karten ausgegeben werden. Auf welcher Rechtsgrundlage die Eurocheques ausgestellt werden, ist nicht ganz eindeutig. Es spricht aber vieles dafür, die von den Postscheckteilnehmern ausgestellten ec-Schecks nicht als Variante des Postschecks, sondern als normalen Scheck zu qualifizieren.

Gräben zwischen der Behandlung normaler Schecks und den Postschecks sind schließlich auf der parallel zum Scheckvertrag gelagerten Ebene der Beziehung Post-Postscheckteilnehmer geschaffen worden. So wird einem nicht voll Geschäftsfähigen umfassend das Risiko seiner geschäftlichen Tätigkeit zugewiesen. Der Postscheckteilnehmer trägt auch entgegen der hier vorgeschlagenen Regel gemäß § 10 (4) PostSchO voll die Nachteile, die aus dem Verlust oder dem Mißbrauch von Scheckformularen entstehen. Andererseits ist die Haftung der Post für alle Verzögerungsschäden bei Einzelaufträgen ausgeschlossen. Ins Gewicht fällt weiter der Rechtswegunterschied. Mit Ausnahme von Haftungsansprüchen ist bei Streitigkeiten zwischen Post und Postscheckteilnehmern der Verwaltungsrechtsweg gegeben (§ 26 PostG).

Aus rechtsvergleichender Sicht ist eine *lex specialis* für Postschecks keine Besonderheit des deutschen Rechts. Sie findet sich auch in der Schweiz. Immerhin ist dort der Postscheck durch eine Verweisung in das OR (§ 1144) integriert.

Eine Stellungnahme zum Institut des Postschecks steht unter dem Vorbehalt, daß veröffentlichtes Material, aus dem sich die Gründe für die Sonderentwicklung ablesen ließen, kaum greifbar ist. Man ist daher wesentlich auf Vermutungen angewiesen.

Eine wichtige Rolle bei der Ausgestaltung des Postschecks dürfte die Überlegung gespielt haben, daß man den Postscheck in den Rahmen der normalen Postdienste einfügen wollte. Dies erschien nicht zuletzt deshalb als angemessen, weil alle sonstigen Postdienste auch nicht voll geschäftsfähigen Personen offenstehen. Die Nachteile dieses Ansatzes sind jedoch vielfältig. Zunächst ist hier festzuhalten, daß m.E. die Post ohne Not auf eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Postschecks ausgewichen ist. Anders als bei sonstigen Post-

diensten ist es hier durchaus möglich, nicht voll geschäftsfähige Personen vom Postscheckverkehr fernzuhalten (sofern man es für sinnvoll hält, beschränkt geschäftsfähige Personen überhaupt vom Scheckverkehr auszuschließen) und Schäden, die gleichwohl im Verkehr mit dieser Personengruppe entstehen, in Kauf zu nehmen. Eine Entscheidung für eine privatrechtliche Ausformung des Postschecks im Sinne eines normalen Schecks hätte die Rechtssicherheit erheblich verbessert. Der Rechtssuchende wäre nicht mit einer besonderen Rechtsmaterie (z.B. jederzeitige Widerruflichkeit) konfrontiert worden, mit der er üblicherweise nicht rechnet. Dies gilt jedenfalls für diejenigen Personen, die einen Postscheck in Zahlung nehmen. Es wären außerdem Divergenzen bei der Regelung einer ähnlich gelagerten Materie vermieden worden, die der Rechtsanwendung zusätzlich Schwierigkeiten bereiten. Die Verhältnisse zum Scheckaussteller hätten einfacher neuen Gerechtigkeitsstandards angepaßt werden können. Man denke nur an den Haftungsausschluß des § 19 PostG im Lichte des § 11 Nr. 7, 8 AGBG oder die Regelung über die Verteilung des Fälschungsrisikos bei Verwendung abhanden gekommener Vordrucke. Schließlich führt der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten dazu, daß Gerichte mit Fragen beschäftigt werden, deren – auch rechtsfortbildende – Beantwortung üblicherweise den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist.

Der Vorschlag *de lege ferenda* geht daher dahin, alle den Postscheck betreffenden Regeln ersatzlos zu streichen und die Post darauf zu verweisen, ihre Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln zu erfüllen. Sollte dies nicht realisierbar sein, so ist es immerhin angebracht, ähnlich dem § 1144 OR eine Vorschrift des Inhalts aufzunehmen, daß die Regeln über den Postscheck unberührt bleiben. Diese Norm könnte im Rahmen der allgemeinen scheckrechtlichen Regeln als Kristallisationspunkt für eine Kommentierung der den Postscheck betreffenden Vorschriften dienen.

7. Wertrechte

Im Zusammenhang mit der Sammelverwahrung von Effekten und dem Effektingiroverkehr wird verbreitet ein Funktionsverlust der Verbriefung in Wertpapieren konstatiert (Zöllner, Festschrift Raiser [1974], S. 249 ff.; Hueck/Canaris, a.a.O., S. 12 ff.; Peters, Wertpapierfreies Effektsystem [1978], S. 13 ff.).

Die Verbriefung von Rechten, d.h. ihre Verkörperung in Urkunden, hat bei den hier allein interessierenden Effekten, die als Inhaber- oder als blankoindossierte Orderpapiere ausgestaltet sind, die Funktion, dem Rechtsinhaber eine sichere Legitimationsbasis zu verschaffen und mit dem Besitz am Papier das Tor zu einem gutgläubigen und einwendungsfreien Erwerb zu öffnen. Die besondere Verbriefung des Rechts in einem Wertpapier ist mithin Voraussetzung für eine gesteigerte Fungibilität des Rechts, die einen intensiven Handel mit diesem Recht erst möglich macht. Allerdings brachte die Verbriefung dem Rechtsinhaber nicht nur Vorteile, sondern auch eine Reihe von Nachteilen. Hier ist in erster Linie die Gefahr eines Verlustes des Papiers zu nennen, die den Inhaber, der um die geringen Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbes des Papiers weiß, dazu zwingt, das Papier besonders sicher zu verwahren. Solange Effekten nur in geringer Zahl und an einen beschränkten Personenkreis ausgegeben wurden, verursachte die Verwahrung keine besonderen Probleme. Inzwischen ist die Zahl der Wertpapiere ungeheuer angestiegen. 1975/76 betrug die Zahl der verbrieften Anteile an 2133 Aktiengesellschaften ca. 295 Millionen Stück (Peters, a.a.O., S. 34). Für den Bereich der Anleihen errechnet Peters (a.a.O., S. 45 ff.) mindestens 202 Millionen Wertpapiere. Im gleichen Umfang wie die Zahl der Wertpapiere erhöhten sich die Kosten einer Sonderverwahrung. Mit der Flut der Effekten wuchsen auch die Verwaltungsprobleme. Von allen diesen Papieren mußten Zins- bzw. Dividendenscheine abgetrennt und vorgelegt, geprüft und die Auszahlung veranlaßt werden. Hinzu kam die Notwendigkeit, die Papiere zur Ausübung des Stimmrechts vorzulegen.

Auch einen rationell organisierten Handel in Wertpapieren schien die Verbriefung zu blockieren. Wollte man den Handel mit Wertpapieren auf der Basis realer Einlieferung organisieren, so würden bei jeder Transaktion erhebliche Verwaltungskosten, wie nummernmäßige Erfassung, Transport, Versicherung anfallen. Die Kosten des Handels wären zwangsläufig so gravierend, daß Rückwirkungen auf die Anlagebereitschaft nicht auszuschließen wären. Ein Umsatzvolumen von ca. 68 Milliarden DM, wie es 1979 erzielt wurde (Delorme, ZKW 1980, 604) wäre mit konventionellen Organisations- und Lieferformen mit Sicherheit nicht erreicht worden. Schließlich und nicht zuletzt sind als ein Nachteil der Verbriefung der Rechte in Wertpapieren die Druckkosten zu nennen, die deshalb relativ hoch sind, weil das Wertpapier besonders fälschungssicher hergestellt werden muß.

In den letzten 90 Jahren wurden diese Nachteile durch Einführung der Sammelverwahrung (§§ 5–9, 24 DepG), die Legalisierung der Sammelurkunde (§ 9a DepG), den Ausbau des Effektengiroverkehrs und eine Rationalisierung der Verwaltung der Wertpapiere weitgehend eliminiert. Die mit einem großen Aufwand an Tresorraum verbundene Sonderverwahrung wurde zunächst ersetzt durch die Streifbandverwahrung und später in großem Umfang durch die Sammelverwahrung, in der gleichartige Wertpapiere ohne individualisierende Zuordnung zu einzelnen Eigentümern vermischt gelagert werden. Diese Sammelverwahrung besitzt den Vorzug, daß all die mit einer Individualisierung der Wertpapiere verbundenen Arbeiten entfallen. Andererseits geht der einzelne Eigentümer natürlich mit der Aufgabe der Individualisierbarkeit „seiner Wertpapiere“ seines Sondereigentums verlustig. § 6 (1) DepG legt den Verlust des Sondereigentums auf den Zeitpunkt des Eingangs beim Sammelverwahrer. Dem früheren Sondereigentümer verbleibt aber immerhin die Position eines Miteigentümers, die sich nicht nur auf die von ihm in Sammelverwahrung gegebenen Wertpapiere, sondern auf jedes einzelne sich im Sammelbestand befindliche Wertpapier erstreckt. Die Miteigentumsquote deckt sich grundsätzlich mit der Zahl bzw. dem Wert der eingelieferten Wertpapiere. Der Hinterleger kann daher jederzeit verlangen, daß ihm Wertpapiere in der Höhe des Betrages wieder zu Sondereigentum ausgeliefert werden, den er zur Sammelverwahrung eingeliefert hatte (§ 6 (2) DepG). Diesen „Auslieferungsanspruch“ hätte der Hinterleger auch gehabt, wenn er seine Papiere der Hinterlegungsstelle treuhänderisch übereignet hätte. Dies hätte aber angesichts des unsicheren Standes des Treuhänderrechts vor allem das Risiko mit sich gebracht, daß der Hinterleger zusätzlich zur Gefahr, daß er wegen eines Konkurses des Schuldners bzw. der Gesellschaft das verbrieftete Recht nicht zu realisieren vermag, das Risiko eines Konkurses der Hinterlegungsstelle zu tragen gehabt hätte. Durch die Unterstellung der Sammelverwahrung unter das Recht des Miteigentums ist diese Gefahr gebannt.

Freilich geht mit der Konstruktion einer Miteigentumsgemeinschaft ein weitgehender Funktionsverlust des Eigentums und des Besitzes an der Urkunde, in der ein Recht verbrieft ist, einher. Dem einzelnen Miteigentümer steht ja kein realer Anteil an der Urkunde, sondern nur ein ideeller Anteil zu. Hinzu kommt, daß der Miteigentümer im Normalfall nicht einmal im Zusammenwirken mit den anderen Miteigentümern in der Lage ist, die tatsächliche Herrschaft über das Papier auszuüben. Die Papiere bleiben im Regelfall bis zu ihrem Erlöschen in den Tresoren der Wertpapiersammelbanken (abgekürzt: WSB), die für die Miteigentümer bzw. deren Depotbanken den unmittelbaren Mitbesitz ausüben. Die Hinterleger sind mithin nur noch, zum Teil in mehrfacher Stufenfolge, mittelbare Mitbesitzer.

Es besteht keine Aussicht, bei einer auf der Grundlage des (Mit-)Eigentums der Hinterleger organisierten Verwahrung der Wertpapiere die „Verdünnung“ der Eigentums- und Besitzposition der Hinterleger rückgängig zu machen. Nur diese „Verdünnung“ erlaubt z.B. in einem rationellen Verfahren den Nachweis der Stimmberechtigung zu führen oder Zinsen und Dividenden einzuziehen, ein Verfahren, bei dem die Wertpapiere in den Tresoren der

WSB bleiben und nicht bewegt werden müssen. Zur Vereinfachung der Verwahrung der Sammelbestände haben die WSB in erheblichem Umfang je tausend Mäntel einer Wertpapierart in Blockposten verpackt und verplombt. Um einen weiteren Rationalisierungserfolg beim Inkasso zu erzielen, haben sich einzelne Emittenten damit einverstanden erklärt, daß die WSB auch die zugehörigen Bogen in gleicher Weise stilllegen und einfrieren. Bei einem Fälligkeitstermin reichen die WSB eine Bestätigung über die Höhe der bei ihnen eingefrorenen Bestände zusammen mit den Einzelcoupons der verbliebenen geringen Handbestände zum Inkasso ein. Es braucht also nur eine geringe Zahl von Wertpapieren getrennt und bewegt zu werden (vgl. Delorme, ZKW 80, 604 [610]). An die Stelle einer körperlichen Vorlage der Papiere beim Schuldner tritt hier mithin eine von einem ermächtigten Treuhänder, einer WSB, erteilte Bescheinigung über den Besitz von Papieren, die letztlich ausschließlich anhand der Bücher der WSB erteilt wird (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 15). Anzumerken ist allerdings, daß sich die Emittenten gegenüber den WSB durch Haftungsvereinbarungen dagegen abgesichert haben, daß ihnen zu hohe Bestände zur Zahlung gemeldet werden.

Noch deutlicher wird die Notwendigkeit, die Zuordnung der Wertpapiere zu den einzelnen Hinterlegern zu lockern, ja die Tatsache, daß das Recht verkörpert ist, zu ignorieren, wenn man an die Erfordernisse einer rationellen Wertpapierübertragung denkt, die keinen körperlichen Transport der Wertpapiere mit all dem damit verbundenen Aufwand im Gefolge hat. Zwar wäre es an sich denkbar, einen Effekten giroverkehr auf der Grundlage von nummernmäßig individualisierten Wertpapieren zu organisieren, die sich im unmittelbaren Besitz der WSB befinden. Auf diese Weise würde man sich jedoch nur die Transportkosten ersparen, müßte aber all den Aufwand treiben, der mit der Individualisierung der einzelnen Stücke verbunden ist. Die Kreditwirtschaft hat daher nach 1925 ein Effekten girosystem eingeführt, in dem nach dem Vorbild des bargeldlosen Zahlungsverkehrs Miteigentumsanteile durch dingliche Einigung und Umstellung des Mitbesitzes verschoben werden (vgl. Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357, Anm. 879 ff.; Kümpel, Bankrecht und Bankpraxis, Teil 8, Anm. 67 f.; Koller, DB 72, 1857 ff.). Jedenfalls ein Teil der Einigungserklärung, die sich auf den ideellen Miteigentumsanteil bezieht, wird regelmäßig von der WSB erklärt. Auch die Besitzumstellung zugunsten der Erwerber vollzieht sich intern und findet ihren Niederschlag ausschließlich in den Buchungsunterlagen der Banken. Zöllner (Festschrift Raiser, a.a.O., S. 260) ist deshalb durchaus zuzustimmen, wenn er sagt, daß sich das vom DepG überformte Miteigentum an den Sammelbeständen gerade im Lichte der Übereignung im Effekten giroverkehr unter buchhalterischer Regie einem forderungsrechtlichen Verständnis eröffne.

Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung durch die Legalisierung der Sammelurkunde in § 9 a DepG verstärkt. Wenn die einzelnen Papiere bei ihrer Übertragung und der Geltendmachung der in ihnen verbrieften Rechte ohnehin kaum mehr vorgelegt oder in sonstiger Weise bewegt werden, liegt es nahe, auf den kostspieligen Druck vieler tausender von Wertpapierurkunden zu verzichten und die Rechte gesammelt in einer Urkunde zu fixieren, die von den WSB verwahrt wird. Da die Urkunde in aller Regel für die Dauer ihrer Gültigkeit im Tresor der WSB verbleiben wird, brauchen keine besonderen Vorkehrungen für eine fälschungssichere Verbriefung getroffen zu werden. Die Erwartungen, die bei Inkrafttreten des § 9a DepG im Hinblick auf die Eindämmung der Papierflut gehegt wurden, sind inzwischen weit übertroffen worden. 1979 wurden 81 Prozent und im ersten Quartal 1980 85 Prozent der Neuemissionen von Anleihen in Sammelurkunden verbrieft (Delorme, ZKW 80, 610). Dem sog. Jungscheingiroverkehr wurde durch die Sammelurkunde weitgehend der Boden entzogen. Immerhin hat § 9a DepG den Erwerbern von Miteigentumsanteilen an in Sammelurkunden verbrieften Wertpapieren das Recht belassen, die Auslieferung von Einzelstücken zu verlangen. Auch dieses Recht kann freilich ausge-

schlossen werden, wenn in den Emissionsbedingungen zulässigerweise eine ausschließliche Verbriefung in Sammelurkunden vorgesehen ist. Der einzelne Miteigentümer vermag dann sein Recht ohne Rückgriff auf das einzelne Wertpapier nur noch im sog. Zwangsgiro nach den Grundsätzen des Effekten giroverkehrs zu übertragen. Die Verwaltung seines Rechts muß er treuhänderisch der von allen übrigen Miteigentümern mit der Verwahrung und Verwaltung beauftragten WSB überlassen.

Die Verkörperung des Rechts in einer Urkunde, die an den Rechtsinhaber oder seinen Treuhänder begeben wird, wurde mit der gesetzlichen Einführung von „Wertrechten“ gänzlich aufgegeben. Unter „Wertrechten“ versteht man Effekten, bei denen eine Verbriefung überhaupt nicht stattgefunden hat. Das „Wertrecht“ beruht derzeit auf mehreren während des Zweiten Weltkrieges erlassenen VO (vgl. Koller, DB 72, 1906).

Aufgrund des Reichsschuldbuchgesetzes konnte das Reich neben Inhaberschuldverschreibungen Anleihen begeben, die im Schuldbuch eingetragen waren. Die Eintragung derartiger Schuldbuchforderungen eröffnet die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbes. Den Verwaltungsaufwand, der mit der Löschung des alten und Eintragung des neuen Gläubigers verbunden ist, suchte man mit der VO v. 5.12.1940 (RGBl. I 1941, 21) dadurch zu mindern, daß man die „Sammelverwahrung“ von Schuldbuchforderungen einführte. Sie basiert auf der ermächtigten Treuhand. Die WSB wird als formelle Gläubigerin der gegen das Reich gerichteten Sammelforderung eingetragen, während die Schuldbuchforderung materiell der Gemeinschaft der Anleger zusteht. Es bedarf also nur einer einmaligen Eintragung eines Gläubigers im Schuldbuch des Reiches, während die Übertragungsakte von der WSB durch Umbuchung erledigt werden. Um einen gutgläubigen Erwerb der unverbrieften Forderung zu sichern, und die Notwendigkeit aus der Welt zu schaffen, zwischen Sammelschuldbuchforderung und echten Wertpapieren unterscheiden zu müssen, wurde in der VO v. 18.4.1942 (RGBl. I 1942, 183) die Regelung getroffen, daß der Sammelanteil an einer Schuldbuchforderung dem Anteil an einer Inhaberschuldverschreibung gleichsteht. Gemäß § 1 des Anleihegesetzes vom 29.3.1951 (BGBl. I 1951, 218) gilt diese Regelung auch für Bundesanleihen und Bundesschulden im weitesten Sinne. Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des DepG vom 24.5.1972 (BGBl. I 1972, 801) hat den Ländern den Zugriff zum Instrument des „Wertrechts“ eröffnet. Der Referentenentwurf einer Bundesschuldenordnung vom 25.3.1980 sucht in den §§ 27–37 die Figur des „Wertrechtes“ zu konsolidieren.

Die dogmatische Qualifikation des „Wertrechts“ ist umstritten. Eine ältere Lehre schrieb dem „Wertrecht“ quasi-dinglichen (vgl. Opitz, DepG, § 42 Anm. 12) oder gar dinglichen Charakter zu (Fabricius, AcP 162 [1963], 456 [467 ff.]; Körner, Die Entstückung des Effektenwesens nach dem Rechtsmodell der Sammelschuldbuchforderung [Diss. Köln 1971], S. 105 ff.; Schönle, Bank- und Börsenrecht, a.a.O., S. 303). Der BGH (BGHZ 5, 27 ff.) vertritt in einer älteren Entscheidung die Ansicht, die Anteilsrechte seien im Wege der Fiktion zu beweglichen Sachen geworden. Richtiger erscheint hingegen die These, daß der Gesetzgeber in den beiden Gleichstellungsverordnungen lediglich bestimmte Forderungen den sachenrechtlichen Regeln unterstellt hat, ohne damit die Forderungen als solche zu verdinglichen (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 906; Brink, Rechtsbeziehungen und Rechtsübertragung im nationalen und internationalen Effekten giroverkehr [1976], S. 3; Peters, Wertpapierfreies Effektensystem, a.a.O., S. 104; Koller, DB 1972, 1906 Fn. 89). Zöllner (Festschrift Raiser, a.a.O., S. 284) plädiert hingegen dafür, die „Wertrechte“ nicht nur nicht über den Kamm des Sachenrechts zu scheren, sondern sie insbesondere im Hinblick auf die Fragen des Verkehrsschutzes als Figuren sui generis einzuordnen.

Eng mit der dogmatischen Qualifikation der „Wertrechte“ hängt die Entscheidung der Frage zusammen, ob „Wertrechte“ de lege lata über den durch die genannten Gleichstellungsverordnungen gezogenen Rahmen hinaus geschaffen werden dürfen. Opitz (a.a.O.)

bejaht diese Frage uneingeschränkt. Er ist damit in der Literatur nahezu gänzlich auf Ablehnung gestoßen (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 904 m. Nachweisen). Immerhin wird in engen Grenzen die Einführung unverbriefter Effekten für zulässig erachtet, sofern das fragliche Recht im Falle seiner Verbriefung sachenrechtlichen Grundsätzen unterliegt (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357, Anm. 906).

Als Zwischenergebnis läßt sich mithin festhalten, daß Sammelverwahrung, Sammelverwaltung und Effekten giroverkehr eine „Verdünnung“ der Eigentums- und Besitzposition der Anleger mit sich gebracht haben. Insbesondere dann, wenn eine Sammelurkunde mit Zwangsgiro ausgegeben wird, verliert die Verkörperung des Rechts in einem Wertpapier einen großen Teil ihrer Bedeutung. Daraus resultieren Schwierigkeiten bei der Begründung gutgläubigen und lastenfreien Erwerbs (vgl. dazu Hueck/Canaris, a.a.O., S. 15 f.; Heinsius/Horn/Than, DepG, § 6 Anm. 91; Koller, DB 1972, 1857 ff., 1905 ff.), auf die noch näher eingegangen wird.

Der Gesetzgeber hat die Anleihen des Reichs, des Bundes und der Länder privilegiert, indem er für sie die Figur der unverbrieften Effekten einführte, die nur durch eine Registereintragung verlautbart werden. Unter dem Aspekt, daß das Wertpapier als Urkunde wesentliche Funktionen verloren hat und daß der Gesetzgeber ohnehin schon die Figur der Bucheffekten anerkannt hat, stellen sich im Rahmen einer Überarbeitung des Wertpapierrechts drei Fragen. Zum einen geht es um das Problem, ob man allen Emittenten die Figur des „Wertrechts“ zur Verfügung und damit de lege ferenda Rechtssicherheit über die Tragweite des „Wertrechts“ schaffen sollte. Zum anderen erhebt sich die Frage, ob man dort, wo Effekten durch zentrale Stellen verwaltet werden können, das Wertpapiersystem im Interesse einer stärkeren Rationalisierung umfassend auf ein Wertrechtssystem umstellt. Denkbar ist schließlich aber auch die entgegengesetzte Lösung, – nämlich die, daß man das „Wertrecht“ total eliminiert und alle Emittenten auf die Verbriefung (und sei es auch in Sammelurkunden mit Zwangsgiro) verweist.

Gegen die zuletzt genannte Lösung sind vor allem aus rechtstheoretischer Sicht erhebliche Einwände zu erwarten. Die Sammelurkunde wird als geistige Krücke (Zöllner, Festschrift Raiser, a.a.O., S. 255), als Umweg (Fabricius, AcP 162 [1963], 481) bezeichnet, die mit den historischen und praktischen Grundlagen des Wertpapierwesens nichts mehr zu tun habe. Von der Sache her sei die Verbriefung eine funktionslose und daher austauschbare Form der Begründung von Effekten. Sie stelle einen faulen Kompromiß mit der Tradition und eine Verschleierung des in Wahrheit angestrebten Rechtszustandes dar (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 902). Die Legalisierung der Globalurkunde sei ein Schritt in die falsche Richtung gewesen (Peters, Wertpapierfreies Effektensystem, a.a.O., S. 70), da die Urkunde keine vernünftige Funktion mehr besitze und ebenso gut durch eine Eintragung in einem Register oder einer zwischen Schuldner und Wertpapiersammelbank getroffenen Vereinbarung ersetzt werden könne. Ein Paradoxon ersten Ranges sei es jedenfalls, Wertrechte den sammelverwalteten Wertpapieren gleichzustellen und hierfür ausgerechnet an sachenrechtliche Konstruktionen anzuknüpfen.

Aus der Perspektive der Praxis wird darauf hingewiesen, daß sich alle mit der Bewegung, Verwahrung und Verwaltung effektiver Wertpapiere zusammenhängenden Probleme schlagartig dadurch lösen ließen, daß das „Wertrechts“-Privileg auf alle Emittentengruppen und alle Arten von Effekten ausgedehnt wird. Die Register sollten von den jeweiligen Emittentengruppen geführt werden. Es würde auch keine Probleme aufwerfen, die Aufnahme der Effektenwerte in die Speicherwerke der elektronischen Datenverarbeitungsanlagen der WSB der Aufnahme von effektiven Stücken gleichzusetzen. Unter Beachtung der notwendigen Sicherungsvorkehrungen böten die von den Computern der WSB geführten Schuld- und Aktienbücher ein Maximum an Schutz gegen die Gefahren von Diebstahl und

Fälschung und würden ein Minimum an manuellem Aufwand erfordern (Delorme, ZKW 80, 612; vgl. auch Peters, a.a.O., S. 52). Zurückhaltender bewertet Canaris (Großkommentar z. HGB, § 357 Anm. 909) das praktische Bedürfnis nach einer umfassenden Umstellung auf „Wertrechte“. Den Rationalisierungsinteressen würden die Sammelkunden weitgehend Rechnung tragen. Allerdings könnte das „Wertrecht“ den internationalen Effekten giroverkehr wesentlich erleichtern. Kritisch gegen eine Umstellung auf das „Wertrecht“ äußert sich Kümpel (Bankrecht und Bankpraxis, Teil 8, Anm. 98 Fn. 2 und Anm. 123 Fn. 3), der auch die Begriffsbildung bemängelt (WM 81, Beilage Nr. 1, S. 20 f.).

Peters (Wertpapierfreies Effektsystem, a.a.O.) hat den Versuch unternommen, ein umfassendes, allen Anlegern zugängliches Wertrechtssystem auf der Basis der Ermächtigungstreuhand zu entwickeln. Er kommt zu dem Ergebnis, daß sich eine Entmaterialisierung der Effekten rechtlich ohne große Schwierigkeiten realisieren lasse. Vorbild der von ihm vorgeschlagenen Regelung sind die auf staatliche Schuldbuchforderungen zugeschnittenen Normen. Anstelle der Bundesschuldenverwaltung soll der Ansicht Peters (a.a.O., S. 131 ff.) zufolge bei Selbstemissionen das Register vom jeweiligen Schuldner geführt werden; denn an der Vertrauenswürdigkeit der in Betracht kommenden Emittenten bestünden keinerlei Zweifel. Bei Fremdemissionen soll der Konsortialführerin die Aufgabe der Registerführung zufallen. Im Hinblick auf die Ausgabe von Aktien könne das schon bestehende Instrument des Aktienbuches fruchtbar gemacht werden, in das nach entsprechender Gesetzesänderung auch Inhaberaktien als Sammelbucheffekten eingetragen werden könnten, ohne daß dadurch eine Mehrbelastung entstünde. Außerdem sei im AktG vorzusehen, daß durch die Satzung das Recht des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils ausgeschlossen werden könne. In das Register sollen die WSB eingetragen werden, die die Effekten für die Anleger als ermächtigte Treuhänder zu verwalten hätten. Abgerundet wird der Entwurf durch Vorschläge zur Modifikation börsenrechtlicher Regelungen und zur Beseitigung der steuerrechtlichen Diskriminierung der Sammelverwahrung von Effekten.

Trotz des in der Literatur und wohl auch in Teilen der Bankpraxis herrschenden Trends, das Wertrecht allen Emittenten zugänglich zu machen, kann im Rahmen der Überarbeitung des Wertpapierrechts ein solcher Schritt nicht empfohlen werden.

Es ist nicht zu bestreiten, daß heute aus der Sicht der Anleger die Verbriefung sammelverwahrter Effekten, zumal von sammelbeurkundeten Effekten, die Funktionen verloren hat, die ursprünglich zur Verbriefung von Rechten geführt haben. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Verbriefung ohne weiteres gegen eine Registerbuchung ausgetauscht werden kann. Die mit dem Wertpapier verknüpften Wertpapierfunktionen spielen nämlich nach wie vor im Verhältnis Schuldner bzw. Aktiengesellschaft-WSB eine wesentliche Rolle. Die WSB ist unmittelbare Besitzerin der Wertpapiere. Sie macht dem Schuldner bzw. der AG gegenüber die Rechte aus dem Papier im eigenen Namen (als ermächtigte Treuhänderin) geltend. Als Besitzerin des Papiers spricht für sie die Vermutung, daß ihr das verbriefte Recht zusteht. Umgekehrt kann der Schuldner an sie befreiend leisten. Geht bei der WSB das Papier verloren und kann es im Aufgebotsverfahren nicht mehr rekonstruiert werden, so trägt sie (und mittelbar die Anleger, für die sie tätig ist) wegen des Vorlagezwanges das Risiko des Verlustes. Dies ist auch durchaus sachgerecht; denn die WSB ist als Treuhänderin der Anleger deren Sphäre zuzurechnen. Der Bedeutungsverlust des Verkörperungselementes bezieht sich mithin in erster Linie auf die Wertpapierfunktionen des gutgläubigen und einwendungsfreien Erwerbs, d.h. auf den Bereich, in dem nicht mehr das Papier als Ganzes, sondern nur noch ideelle Anteile übertragen werden.

Nun können freilich die Legitimationsfunktionen des Wertpapiers im Verhältnis zum Schuldner bzw. zur AG ohne weiteres von einer Registereintragung übernommen werden. Die WSB hätte dann ihre Legitimation aus dem Register abzuleiten, während der Schuldner

an jede im Register eingetragene Person befreiend leisten dürfte. Es stellt sich dann aber die Frage, wer das Risiko einer falschen Eintragung oder gar die Gefahr zu tragen hat, daß die Eintragung auf nicht mehr rekonstruierbare Weise zerstört wird. Diese Frage ist gar nicht so theoretisch, wie das den Anschein haben mag. Man denke nur an das Risiko von Computerfehlern oder an die Gefahr, daß alle Buchungsunterlagen untergehen und der Schuldner dann bestreitet, daß das Recht in dem von der WSB behaupteten Umfang entstanden ist. Bei Wertpapieren, und sei es auch in Sammelurkunden verbrieften Rechten, macht die Lösung des Problems keine Schwierigkeiten.

Die Gefahr der fehlerhaften Ausstellung der Urkunde trägt grundsätzlich der Aussteller, ihres Verlustes nach Begebung der Rechtsinhaber, in dessen Sphäre sie verlorengegangen ist. Zum gleichen Ergebnis kann man bei einem auf eine Registereintragung gestützten Rechts nur kommen, wenn die zur Sphäre des Rechtsinhabers zählende WSB und nicht etwa ein Emittent zur Registerführerin gemacht werden würde (vgl. auch Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1, S. 19). Mit der Eliminierung des einen Problems hätte man aber gleich neue Probleme geschaffen. Es wäre nämlich kaum vertretbar, daß die WSB als Treuhänderin der Rechtsinhaber selbst das Register führt, aus dem sie „ihre“ Legitimation gegenüber dem Schuldner bzw. der AG ableitet. Noch weniger angemessen erscheint eine Regelung, die dem Schuldner eine befreiende Leistung an den angeblichen Gläubiger „WSB“ gestattet, der selbst dafür sorgt, daß er in dem Register eingetragen ist. Auch das entgegengesetzte Extrem, den Emittenten oder Konsortialführern die Registerführung zu gestatten, führt im Hinblick auf die Wertpapierfunktionen zu keinem befriedigenden Ergebnis. Man müßte nämlich z.B. im Falle einer Falschbuchung dem Schuldner entweder den Liberationseffekt der Registereintragung versagen oder aber dem wahren Gläubiger entgegenhalten, der Schuldner habe befreiend an einen Scheingläubiger gezahlt, weil er auf das von ihm selbst geführte Register vertraut habe. Beides ist gleich mißlich. Ebensowenig scheint es angebracht, dem Schuldner Gelegenheit zu geben, dem Gläubiger die Legitimation zur Geltendmachung des Rechts mit dem Argument abzuschneiden, sein Recht sei in dem von ihm, dem Schuldner, geführten Register nicht aufzufinden. Auch die Reichweite des Einwendungsausschlusses wirft erhebliche Probleme auf (dazu Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1, S. 19).

Es zeigt sich mithin, daß eine sachgerechte Regelung, wie sie im Zusammenhang mit der Legitimationswirkung der Wertpapiere getroffen wurde, den Grundsatz beachten muß, daß sich weder der Schuldner noch der Gläubiger auf die Existenz bzw. das Fehlen von Registereintragungen berufen dürfen, die sie selbst getätigt haben. Dieser Grundsatz sollte auch für eine staatliche Behörde, wie die Bundesschuldenverwaltung gelten. Befolgt man diesen Grundsatz konsequent, so können mit einer Registerführung, die Legitimationseffekte im Sinne des Wertpapierrechts hervorrufen soll, weder der Schuldner noch der Gläubiger bzw. Personen, die deren Sphäre zuzurechnen sind, betraut werden. Aus diesem Dilemma führen nur zwei Wege heraus, – nämlich entweder die Registerführung einer neutralen Stelle anzuvertrauen oder im Hinblick auf die vom WSB verwalteten Wertrechte gänzlich darauf zu verzichten, daß sich die WSB dem Schuldner bzw. der AG gegenüber formell zu legitimieren imstande und der Schuldner an die durch einen Registereintrag legitimierte WSB befreiend zu leisten in der Lage ist.

Bevor auf die erste Alternative näher eingegangen wird, soll zunächst die Opportunität des zweiten Lösungsweges geprüft werden, d.h. die Frage, ob man im Verhältnis Schuldner bzw. AG-WSB auf bestimmte Wertpapierfunktionen verzichten kann. Canaris (Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 902) scheint dies zu bejahen. Er vertritt die Ansicht, daß auch zur Dokumentation der Rechtsentstehung ein Wertpapier überflüssig sei, da hierfür Buchungen in Verbindung mit staatlichen Hoheitsakten, wie Eintragung im Handelsregister bei der Ausgabe von Aktien oder der Genehmigung gemäß §§ 759, 808 a BGB, voll

ausreichen. Dabei wird aber wohl zum einen zu wenig berücksichtigt, daß Buchungsunterlagen samt dem maßgeblichen Schriftverkehr verlorengehen können. Zum anderen ist es ja nicht auf alle Zeiten ausgeschlossen, daß die Rechtsinhaber eine andere WSB mit der Rolle einer ermächtigten Treuhänderin beauftragen, ohne daß dies dem Schuldner bekannt wird. Hier sollte man die Anleger davor schützen, daß sich der Schuldner gemäß § 407 BGB auf seine Unkenntnis berufen darf. Am einfachsten geschieht dies dadurch, daß der Schuldner ein Wertpapier in Form einer Sammelurkunde ausstellt. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die Rechtsentstehung fehlerhaft dokumentiert sein kann (vgl. Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1, S. 19). Alle diese Probleme lassen sich leicht lösen, wenn der Emittent eine Urkunde mit Wertpapierqualität begibt.

Diese Probleme stellen sich natürlich auch dann nicht, wenn man zur Dokumentation der Entstehung, des Erlöschens sowie der „Übertragung“ des von einer WSB treuhänderisch gehaltenen Sammelwertrechts eine neutrale, von Schuldner und Gläubiger gleichermaßen unabhängige Stelle einrichtet. Diese Lösung führt allerdings zur Aufblähung der Bürokratie, – ein Nachteil, der sich durch die Ausgabe von Wertpapiercharakter tragenden Sammelurkunden elegant vermeiden läßt. Außerdem drängt sich dann die Frage nach der Haftung der neutralen Stelle für Falschbuchungen und die Frage nach ihrer Zahlungsfähigkeit auf (vgl. Kümpel, Bankrecht und Bankpraxis, Teil 8 Anm. 123 Fn. 3). Unangemessen wäre es jedenfalls, dem Registerführer jede Haftung abzunehmen. Auch diesen Problemen läßt sich leicht dadurch aus dem Wege gehen, daß man auf die Einführung nur buchmäßig erfaßter Rechte verzichtet und die Ausgabe von Sammelurkunden im Sinne des § 9a DepG beibehält.

Es bleibt das Argument zu prüfen, daß nur ein Verzicht auf jede wertpapiermäßige Verbriefung, und sei es auch nur in der Form von Sammelurkunden, es ermögliche, im Bereich der Wertpapierverwaltung und -übertragung alle Rationalisierungsvorteile auszuschöpfen. Dieses Argument erscheint dann als wenig einleuchtend, wenn man unterstellt, daß die Emittenten dazu übergehen, die Sammelurkunden dem Zwangsgiro zu unterwerfen, d.h. die Ausgabe von Einzelstücken auszuschließen. Die Rechtsentstehung muß nämlich ohnehin dokumentiert werden. Ob dies nun in der Form geschieht, daß eine Eintragung in einem Register erfolgt und die Eintragung der WSB mitgeteilt wird oder daß der WSB eine Sammelurkunde ausgehändigt wird, dürfte allenfalls im Lichte des bei der Begebung der Urkunde anfallenden minimalen Transportrisikos eine Rolle spielen. Aus der Perspektive der Verwahrung verursachen die Sammelurkunden wenig Probleme; denn die derzeit von den WSB verwahrten ca. 900 Aktienarten und 13 200 Anleihen (Delorme, ZKW 80, 610) dürften nicht allzu viel Tresorraum in Anspruch nehmen, wenn sie umfassend in Sammelurkunden verbrieft wären. Es bleibt die Verwaltung und Übertragung der von den Anlegern erworbenen Anteile. Auch hier ist kein wesentlicher Rationalisierungsvorteil mehr erzielbar; denn auch bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen braucht das Wertpapier nicht bewegt zu werden. Selbst das Couponinkasso ist mit geringem Aufwand durchführbar, wenn man bedenkt, daß sich bei der Verbriefung in Sammelurkunden die Zahl der Coupons in Grenzen hält und auch sonst vor Großauszahlungen erst die Register bemüht werden müßten, da sich in die Computer Fehler eingeschlichen haben können. Stichhaltig erscheint nur die Erwägung, der Übergang zu Bucheffekten würde die Emission von Sammelurkunden, die die Ausgabe von Einzelstücken vorsehen, beseitigen. Sicherlich ist der mit der Ausgabe von Einzelstücken verbundene Aufwand erheblich. Der Gesetzgeber, der das Instrument zum Zwangsgiro geliefert hat, sollte aber keinen Zwang darauf ausüben, daß es auch benutzt wird. Vielmehr mögen die WSB ihre Gebühren entsprechend den unterschiedlichen Kosten differenzieren. Es bleibt dann den Emittenten und letztlich den Anlegern überlassen, zu entscheiden, ob ihre Präferenzen für Einzelstücke so hoch sind, daß sie entsprechend höhere Gebühren oder schlechtere Konditionen in Kauf nehmen.

Zusammenfassend kann hier festgehalten werden, daß es sich nicht empfiehlt, reine Bucheffekten für alle Emittenten einzuführen. Ein anderes Ergebnis mögen die Bemühungen um die Internationalisierung des Effektengiroverkehrs rechtfertigen, zumal, wenn ausländische Rechte in relevantem Umfang Bucheffekten begünstigen sollten. Diese Frage bedarf im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Rechtsvereinheitlichung noch vertiefter Überprüfung. Die deutsche Literatur (vgl. Kümpel, WM 1976, 942 ff.) bietet jedenfalls keinen Hinweis dafür, daß die Internationalisierung des Effektengiroverkehrs nur möglich wäre, wenn die Verbriefung der Effekten gänzlich aufgegeben werden würde.

Von diesem Ausgangspunkt aus stellt sich die Frage, ob die Emission von „Wertrechten“ durch Bund und Länder noch zu rechtfertigen ist. Die „Wertrechte“ von Bund und Ländern wurden aus Rationalisierungsgründen zu einer Zeit eingeführt, als das Instrument der Sammelurkunde noch unbekannt war. Heute bietet, wie gezeigt wurde, die Sammelurkunde die gleichen Rationalisierungsvorteile, die mit dem „Wertrecht“ verbunden sind. Es liegt daher nahe, durch einen Verzicht auf das Institut des „Wertrechts“ die Gesetzesflut einzudämmen. Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum der Staat als Emittent für sich das Privileg des „Wertrechts“ in Anspruch nehmen sollte. Ihm kann ohne weiteres zugemutet werden, ebenso wie private Anleger von Sammelurkunden Gebrauch zu machen. Damit würde auch verhindert, daß der Staat als Emittent eine Doppelrolle als Schuldner und Registerführer übernimmt. Die Fragwürdigkeit einer derartigen Doppelrolle läßt sich am Beispiel des Entwurfs der Bundesschuldenordnung verdeutlichen. So hat es nach §§ 27 (3) in Verbindung mit den §§ 31, 37 (3) des Entwurfes den Anschein, als ob sich der Schuldner jederzeit darauf berufen könnte, die ihm zuzurechnende Behörde habe ungültig eingetragen (vgl. Kümpel, WM 81, Beilage Nr. 1, S. 19). Ebenso nimmt der Schuldner für sich die Liberationswirkung der Eintragung auch dann in Anspruch, wenn seine Behörde den falschen Gläubiger im Wertrechtsregister eingetragen oder eine Berichtigung des Registers unterlassen hat.

8. Sondervorschriften für Sammeldepotanteile

Das DepG regelt eine Reihe von Komplexen, die für eine Einbeziehung in das Wertpapierrecht des BGB in Betracht kommen. Schon der Titel des Gesetzes (Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren) charakterisiert die heterogene Zusammensetzung der Vorschriften. Der erste Abschnitt ist dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen dem Hinterleger von Wertpapieren und dem Verwahrer gewidmet. Im zweiten Abschnitt finden sich Sondervorschriften für den Handel mit Wertpapieren einschließlich verstreuter Normen, die den Eigentumsübergang abweichend vom BGB gestalten. Der dritte und vierte Abschnitt enthält konkursrechtliche und strafrechtliche Normen.

Im Lichte der Frage, ob das Wertpapierrecht des BGB ergänzt und neu geordnet werden soll, braucht auf die depotrechtliche Regelung des Handels mit Wertpapieren nicht näher eingegangen zu werden. Dieser Komplex muß in engem Zusammenhang mit einer Börsenreform untersucht werden. Gleiches läßt sich vom ersten Abschnitt des DepG nicht ohne weiteres behaupten, der die Verwahrung von Wertpapieren regelt. Hier hat der Gesetzgeber aus wirtschaftlicher Sicht mit dem Instrument der Sammelverwahrung mittelbar einen neuen Typus „Wertpapier“ geschaffen, der es durchaus verdient, im BGB nicht gänzlich übergangen zu werden. Eine isolierte Übernahme der Vorschriften des DepG über die Sammelverwahrung in das BGB und ihre Ergänzung läßt sich auch unter einem anderen Aspekt begründen. Die im ersten Abschnitt des DepG geregelten Verwahrungsformen der Sonder-, Tausch- und Pfandverwahrung sowie die uneigentliche Verwahrung und das Wertpapierdarlehen spielen heute und wohl auch in Zukunft im Verhältnis zu Privatpersonen keine wesentliche Rolle. Anders ist die Situation bei der Sammelverwahrung. Ende 1970 hatte die Privatkundschaft 86 Prozent der Anleihen und 82 Prozent der Aktien auf

Sammelverwahrungskonten (Andreas/Schmidtgal, ZKW 72, 818). Der Prozentsatz dürfte inzwischen weiter gestiegen sein. Geht man von der Prämisse aus, daß alle Normen in Sondergesetzen, die die Rechte von Privaten stark tangieren, in das BGB einzufügen sind, so kommt man nicht umhin, diesen Schritt im Hinblick auf den Komplex Sammelverwahrung zu tun. Aus spezifisch-wertpapierrechtlicher Sicht kann das DepG im übrigen als Torso stehen bleiben. Soweit gemeinsame Vorschriften alle Verwahrungsarten erfassen, sind Verweisungsnormen zu schaffen. Daraus folgt, daß der Komplex der §§ 5–9 a DepG in seinen Grundzügen in das BGB zu überführen ist. Die in § 5 (1) DepG verwandten Begriffe „Wertpapier“, „Verwahrer“ und „Wertpapiersammelbank“ (WSB) haben in § 1 eine Legaldefinition erfahren. Eine Verweisungsvorschrift im BGB muß sicherstellen, daß die Legaldefinition wirksam bleibt.

Die Übernahme der §§ 5–9 a DepG in das BGB bietet Gelegenheit, Schwächen dieser Normen zu beseitigen, die in der Zwischenzeit ins Blickfeld getreten sind.

Gemäß § 5 (1) DepG bedarf der Verwahrer zu jeder Sammelverwahrung einer Ermächtigung. Sie muß in besonderer Form ausgestellt werden, falls der Verwahrer die Wertpapiere in Haussammelverwahrung nehmen will. Das Erfordernis einer Girosammeldepot-Ermächtigung erscheint heute nicht mehr als zeitgerecht. Sie sollte durch die Regelung ersetzt werden, daß der Verwahrer dazu ermächtigt ist, die Wertpapiere bei einer WSB zu verwahren, sofern nichts anderes vereinbart wird (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 947; Kümpel, Bankrecht und Bankpraxis, Teil 8 Anm. 84).

§ 6 DepG regelt die Frage, wer und wann jemand in Fällen einer Einlieferung von Wertpapieren beim Sammelverwahrer Miteigentümer der zum Sammelbestand gehörenden Wertpapiere wird. In Absatz 2 des § 6 DepG wird der Verwahrer ermächtigt, dem Hinterleger die ihm gebührende Menge an Wertpapieren auszuliefern. Diese Vorschrift scheint nicht ganz praxisgerecht ausgeformt zu sein. Zum einen bereitet sie Schwierigkeiten bei der rechtlichen Qualifikation des sogenannten Vor- und Nachgirodepots. Zum anderen sagt sie nicht klar, wer Eigentümer der Stücke wird, die an den Hinterleger ausgeliefert werden.

Zur Erleichterung des Geschäftsverkehrs, insbesondere um zeitraubende Buchungen und den aus wirtschaftlicher Sicht unnötigen Transport von und zur WSB zu vermeiden, sowie um Verkaufsaufträge rascher durchzuführen, ist es bei vielen Banken üblich, einen Handbestand zu unterhalten, in dem die zur Girosammelverwahrung bestimmten Wertpapiere (Vorgirodepot) und die von der WSB ausgelieferten Wertpapiere (Nachgirodepot) vorläufig verwahrt werden. Aus dem Handbestand pflegen die als Zwischenverwahrer tätigen Banken die täglichen Ein- und Auslieferungen durch Kompensation zu besorgen und nur noch die Spitzen an die WSB weiterzuleiten bzw. sich von ihr aushändigen zu lassen (Heinsius/Horn/Than, DepG, § 5 Anm. 53 ff.; Kümpel, Bankrecht, a.a.O., Teil 8 Anm. 55). Die rechtliche Zulässigkeit dieses Verfahrens ist streitig. Eine ältere Lehre vertrat die Ansicht, daß die im Handbestand vereinigten Wertpapiere wirtschaftlich als zum Sammelbestand gehörig zu behandeln seien. Dies sei durch die Unentbehrlichkeit des Handbestandes gerechtfertigt. § 5 DepG stehe dieser Praxis nicht entgegen, zumal § 5 (2) DepG nur im Zusammenhang mit dem Vorgirodepot einen Sinn habe. In der neueren Literatur wird diese Rechtfertigung zutreffend für unhaltbar erklärt. Der Gesetzgeber unterscheidet klar zwischen Haus- und Girosammelverwahrung und privilegiert die Girosammelverwahrung, weil seiner Ansicht nach die von den besonders ausgesuchten (§ 1 (3) DepG) Wertpapiersammelbanken praktizierte Girosammelverwahrung den Hinterlegern besondere Sicherheit bietet. Gemäß § 6 (1) DepG entsteht aber Miteigentum der Hinterleger am Sammelbestand der WSB erst mit Eingang der Papiere bei der WSB. Gleichwohl wird das Vor- und Nachgirodepot für zulässig erklärt, weil es sich gewohnheitsrechtlich durchgesetzt habe (Heinsius/Horn/Than, DepG § 5 Anm. 57; Kümpel, Bankrecht, a.a.O., Teil 8 Anm. 55).

Ob die These von der gewohnheitsrechtlichen Legitimation des Handbestandes richtig ist, erscheint indessen als sehr zweifelhaft, wenn man berücksichtigt, daß kritische Stimmen zu dieser Praxis bis heute nicht verstummt sind. So will Canaris (Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 956) den Handbestand nur dann tolerieren, wenn das rechtliche Schicksal der eingelieferten Effekten individualisierbar bleibt und, z.B. durch Nummernvermerke, jederzeit feststellbar ist. Hingegen hätten die Depotbanken als Zwischenverwahrer nicht die Befugnis, sich die Effekten ununterscheidbar einzuverleiben. Auch Hefermehl hat zutreffend die Unzulässigkeit eines entindividualisierten Handbestandes und einer Kompensation bekräftigt (Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., Anh. § 406 Anm. 296).

Es läßt sich nicht bestreiten, daß für die Führung eines Handbestandes ein Bedürfnis besteht, da er unrationelle Wertpapierbewegungen vermeiden hilft, wenngleich dieses Bedürfnis mit der Ausdehnung des Effektengiroverkehrs und dem Zwangsgiro kleiner geworden ist. Man sollte daher die Praxis legalisieren, wenn dies ohne allzu große Risiken für die Hinterleger möglich ist.

Bei den Überlegungen zu einer Legalisierung des Vor- und Nachgirodepots ist zu beachten, daß der Kunde als Hinterleger unter zweierlei Aspekten ein Interesse daran hat, daß sein Wertpapier möglichst schnell in den Besitz der WSB gelangt. Die WSB gelten zum einen im Vergleich zu normalen Verwahrern als vertrauenswürdiger. Zum anderen trifft den einzelnen Hinterleger ein Verlust am Sammelbestand einer WSB nicht so hart, weil der Verlust auf eine viel größere Zahl von Miteigentümern verteilt wird, als wenn der Verlust auf die Miteigentümer des Handbestandes umgelegt werden würde.

Denkbar wäre eine Legalisierung des Handbestandes der Banken in der Form, daß der Handbestand dem Sammelbestand der WSB zugerechnet wird. Diese Lösung steht jedoch mit einer sachgerechten Verteilung des Verlustrisikos nicht im Einklang. Es ist angemessen, daß jeder Hinterleger einen Verlust entsprechend seinem Anteil am Sammelbestand erleidet, wenn die als besonders sicher geltende WSB einen Verlust hinnehmen muß. Sachgerecht ist es auch, daß Hinterleger den vollen Verlust in Kauf zu nehmen haben, den eine der von ihnen eingeschalteten Zwischenbanken verursacht. Es ist mit der besonderen Position der WSB jedoch nicht vereinbar, daß sich alle Hinterleger eine Minderung ihrer Anteile gefallen lassen müssen, weil einzelne der Zwischenbanken, die sie nicht eingeschaltet haben, Verluste am Handbestand verursachen. Das Risiko eines Verlustes am Handbestand muß mithin allein die Kunden derjenigen Bank treffen, die den Verlust verursacht hat. Zwar wäre de lege ferenda eine derartige Regelung in Abweichung von § 7 (2) 1 DepG ohne weiteres denkbar. Sie würde aber das Verlustrisiko der einzelnen Hinterleger in einer für sie nicht kalkulierbaren Weise erhöhen, da sie nicht wissen, in welchem Umfang ihre Bank einen Handbestand hält und wann „ihr Anteil“ aus dem Handbestand in den von der WSB gehaltenen Sammelbestand überführt ist. Somit scheidet diese Variante der Legalisierung des Handbestandes aus.

Zu erwägen ist ferner, ob man den Zwischenverwahrern nicht wenigstens zum Zwecke einer sofort möglichen Kompensation erlauben sollte, die eingelieferten Papiere mit Wirkung für den Sammelbestand an die Auslieferung begehrenden Hinterleger auszugeben. Man könnte de lege ferenda eine Art dinglicher Surrogation in der Form anordnen, daß der Einlieferer mit der Auslieferung seiner Papiere den Miteigentumsanteil des die Auslieferung begehrenden Hinterlegers erwirbt. Ein Verlustrisiko des Einlieferers darf dadurch nicht geschaffen werden. Der Einlieferer muß auf jeden Fall einen Miteigentumsanteil erwerben. Problematisch ist die Zurechnung des Verlustes, falls der die Auslieferung Begehrende gar nicht Hinterleger gewesen war. Wenig sachgerecht erscheint es, das Verlustrisiko alle Miteigentümer des Sammelbestandes tragen zu lassen; denn der Fehler ist in der Sphäre einer bestimmten Zwischendepotbank gemacht worden. Man müßte also den Verlust sämtlichen Depotkunden der zwischengeschalteten Depotbanken aufbürden. Diese

Regelung ist an sich generalisierungsfähig. Wie auch sonst bei Auslieferungen an „Schein“-Hinterleger sollte das Verlustrisiko nicht immer alle Miteigentümer des Sammelbestandes, sondern sämtliche, aber auch nur die Depotkunden derjenigen Depotbanken treffen, die eine vom Hinterlegerwillen nicht getragene Auslieferung veranlaßt haben. Etwas anderes gilt, wenn die Zwischenbank für einen existierenden und individualisierbaren Hinterleger ohne dessen Willen die Auslieferung in die Wege geleitet hatte. Ein Versuch, diese Regelung in eine Gesetzesform zu gießen, die all den unterschiedlichen Konstellationen Rechnung trägt, stößt jedoch auf beträchtliche Hindernisse. Es erscheint daher als sehr fraglich, ob es richtig ist, das Depotrecht durch eine umfangreiche Norm aufzublähen, die auf längere Zeit gesehen wohl nur eine Randfrage betrifft. Man sollte es daher insoweit beim gegenwärtigen Rechtszustand belassen.

In § 6 DepG ist die Rechtsfolge einer Auslieferung nicht angeordnet. Es ist deshalb vor allem unklar, wer Eigentümer der ausgelieferten Stücke wird. Eine ältere Lehre vertritt die Auffassung, daß mit der Auslieferung eine Übereignung verbunden sei. Heute geht die ganz h.M. dahin, daß in analoger Anwendung des § 6 (1) DepG das Eigentum an den früheren Miteigentümer fällt, wenn der Hinterleger nicht Miteigentümer des Sammelbestandes geworden ist (Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 406 Anm. 286; Heinsius/Horn/Than, DepG § 6 Anm. 65; Kümpel, Bankrecht, a.a.O., Teil 8 Anm. 65; i.E. auch Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 964). Diese Lücke ist somit heute durch eine gesicherte Rechtsfortbildung geschlossen. Anlaß zur gesetzgeberischen Tätigkeit besteht daher nur, wenn man anstrebt, daß sich der Rechtszustand weitgehend im Gesetzestext widerspiegelt. M.E. steht das angesprochene Problem aber nicht derart im Mittelpunkt des Interesses, als daß es bei einer Überarbeitung des Wertpapierrechts beachtet werden müßte.

Eine Überarbeitung des Depotrechts könnte sich weiter zum Ziel setzen, die Verlustregelung des § 7 (2) DepG zu verdeutlichen. § 7 (2) DepG spricht nur davon, daß der Sammelverwahrer die Auslieferung insoweit verweigern kann, als sich infolge eines Verlustes am Sammelbestand die nach § 6 DepG dem Hinterleger gebührende Menge verringert hat. Offen läßt die Norm, was man unter Verlust zu verstehen hat: Verlust des Besitzes und/oder Verlust des Miteigentums, z.B. durch gutgläubigen Erwerb Dritter? Stärker noch harrt der Klärung die Frage, wie die Begriffe „die dem Hinterleger gebührende Menge verringert hat“ auszulegen sind, welche Faktoren also geeignet sind, die Miteigentümerposition des einzelnen Miteigentümers zu beeinträchtigen. Geht infolge von allein dem Sammelverwahrer zurechenbaren Handlungen oder Unterlassungen Eigentum verloren, so ist es sachgerecht, daß der Verlust die Anteile sämtlicher Miteigentümer betrifft. Eine andere Verlustverteilung ist aber möglicherweise dann gerechtfertigt, wenn die Verringerung des Sammelbestandes einzelnen Miteigentümern oder Hinterlegern zuzurechnen ist. Dies zeigt sich, wenn man sich verschiedene Fallgruppen der Auslieferung vor Augen hält. Dabei ist davon auszugehen, daß, von Nostrobeständen abgesehen, im Verhältnis zu den WSB nicht die Miteigentümer, sondern die Depotbanken als Hinterleger auftreten, die ihrerseits wieder im Verhältnis zu ihren Kunden als Hinterleger fungieren. Liefern die WSB Sammelbestände auf Wunsch der Hinterleger, also der Depotbanken, aus, so machen sie sich keine Gedanken darüber, an wen das Eigentum an den einzelnen Stücken fallen soll (Heinsius/Horn/Than, DepG, § 6 Anm. 65). Für sie genügt es, daß der von den Depotbanken geäußerte Hinterlegungswunsch durch die in ihren Büchern ausgewiesenen Guthaben gedeckt ist.

Das hat für das Auslieferungsverfahren, wenn man sich der These anschließt, daß in dem Moment, in dem das Wertpapier mit Willen der WSB zum Zweck der Auslieferung den Sammelbestand verläßt, der Miteigentümer Eigentum an den Einzelstücken erwirbt, folgende Konsequenzen. Verlangt die Depotbank als Zwischenverwahrer für einen bestimmten Kunden die diesem gebührende Menge zurück, so erwirbt dieser Eigentum an den Stücken. Übersteigt die ausgelieferte Menge die diesem Kunden gebührende Menge, weil

die Depotbank versehentlich zuviel herausverlangt hat, so sind zwei Lösungen denkbar. Zum einen könnte man die Ansicht vertreten, daß in Höhe des überschießenden Teils sämtliche am Sammelbestand beteiligten Personen Miteigentümer bleiben, wobei sich dann das Problem der Individualisierung stellt. Da die WSB aber nicht weiß, welche Menge den Kunden der Depotbank gebührt und sie an „ihren“ Hinterleger ausgeliefert hat, ist es sachgerechter, die Gefahr eines Verlustes nach der Auslieferung nicht allen am Sammelbestand beteiligten Miteigentümern zuzuordnen. Man muß deshalb davon ausgehen, daß an den gesamten ausgelieferten Stücken Miteigentum aller Kunden der Depotbank entsteht. Ein etwaiger Verlust dieses Miteigentums geht daher nur mehr zu Lasten der Kunden der Depotbank, die den Fehler zu verantworten hat. Dies erscheint als angemessen, weil nur diese Kunden ihre Depotbank als Zwischenverwahrer eingeschaltet haben. Liefert nun die Depotbank dem Auslieferung begehrenden Kunden die ihm gebührende Menge aus, so muß man analog § 6 (2) DepG annehmen, daß dieser die Einzelstücke zu Alleineigentum erhält. Am überschießenden Teil bleibt das Miteigentum aller Kunden der Depotbank in der Form der Haussammelverwahrung bestehen, bis zu dem Moment, in dem die Depotbank die Papiere wieder an die WSB zurückgegeben hat. Liefert die Depotbank versehentlich eine größere Zahl von Stücken an den Kunden aus, als diesem zusteht, so kommt man mangels Individualisierung nicht umhin anzunehmen, daß das Miteigentum aller Kunden der Depotbank bestehen bleibt. Jede Verfügung über die Wertpapiere erfolgt daher durch einen Nichtberechtigten, so daß § 816 BGB zur Anwendung kommt.

In gleicher Weise hat man das Problem zu lösen, das entsteht, falls die Depotbank gleichzeitig für mehrere ihrer Kunden Wertpapiere zurückfordert. Mit Auslieferung werden diese Kunden nach Maßgabe ihres Auslieferungsbegehrens Miteigentümer, sofern sich die Auslieferung im Rahmen der ihnen gebührenden Menge hält. Die Depotbank kann ihnen dann analog § 6 (2) DepG Sondereigentum verschaffen. Verluste treffen die Miteigentümer entsprechend ihrer Quote. Hat die Depotbank versehentlich eine zu große Menge zurückgefordert, so gilt das für die Einzelauslieferung Gesagte entsprechend.

Der Verlust ist auch dann auf alle Kunden der Depotbank und nur auf diese Kunden zu verteilen, wenn die Depotbank ohne Weisung ihrer Kunden Wertpapiere aus der Girosammelverwahrung nimmt und in ihren Büchern nicht deutlich macht, für wen sie die Papiere zurückgenommen hat. Auch hier sollte der Verlust nur die Kunden der Depotbank treffen, die diese Bank mit der Funktion der Zwischenverwahrerin betraut und ihr Vertrauen geschenkt haben.

Diese Form der Risikoverteilung wird heute allgemein *de lege lata* für die Fälle gutgläubigen Erwerbs von Sammelgiroanteilen vertreten (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 894; Heinsius/Horn/Than, DepG, § 7 Anm. 18; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 406 Anm. 327); Kümpel, Bankrecht, a.a.O., Teil 8 Anm. 77). Sie ist generalisierungsfähig und sollte zur Verdeutlichung der Rechtslage in den die Sammelgiroverwahrung regelnden Normenkomplex aufgenommen werden. Es bietet sich an, in § 7 DepG einen dritten Absatz anzufügen, in dem geregelt ist, daß Verluste an ausgelieferten Wertpapieren, die einzelnen Miteigentümern nicht zugerechnet werden können, von allen Miteigentümern zu tragen sind, deren Depots vom Zwischenverwahrer geführt werden.

Die Einrichtung der Sammelurkunde (§ 9 a DepG) hat sich bewährt. Dies gilt auch für das Institut des Zwangsgiros. Für eine weitere Ausbreitung des kostengünstigen Zwangsgiros sind allerdings noch einige gesetzliche Korrekturen wünschenswert.

Zum einen müßten die Voraussetzungen für eine Emission von Aktien als *de-facto*-Bucheffekten verbessert werden. Nach h.M. kann weder durch die Satzung noch durch einen Mehrheitsbeschluß in der Hauptversammlung die Verbriefung der einzelnen Aktienrechte und die Begebung der Aktien an die einzelnen Aktionäre ausgeschlossen werden (vgl. Nachweise bei Heinsius/Horn/Than DepG, § 9 a Anm. 60). Peters (Wertpapierfreies

Effektensystem, a.a.O., S. 127) plädiert deshalb dafür, de lege ferenda den Ausschluß des Anspruches auf individuelle Verbriefung zuzulassen. Heinsius/Horn/Than (DepG, § 9 a Anm. 60) neigen zum gleichen Ergebnis, geben aber zu bedenken, daß es keine zwingenden Gründe für einen dauernden Ausschluß der Einzelverbriefung gäbe. Während eine Anleihe von vornherein nur für einen befristeten Zeitraum aufgelegt werde, würden Aktien regelmäßig auf Dauer emittiert, so daß der Verbriefungsaufwand vertretbar sei. Es bleibt aber das Problem, daß entweder von vornherein eine Vielzahl von Aktien in Einzelstücken hergestellt werden muß, deren Aufbewahrung viel Raum einnimmt und deren Verwaltung kostspielig ist, oder daß später mit hohem Aufwand von Fall zu Fall Aktien nachgedruckt werden müßten. Es spricht daher vieles dafür, die Frage der Kosten/Nutzen-Überlegungen auf die Aktionäre zu verlagern und ihnen zu erlauben, in den Satzungen die Ausgabe von Sammelurkunden mit vollem oder partiellem Zwangsgiro zu verankern. Diese Lösung wird auch von vielen Stimmen in der Literatur befürwortet (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 976; Kraft, Kölner Kommentar z. AktG § 10 Anm. 13; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 406, Anm. 309; i.E. auch Peters, a.a.O., S. 128).

Der Gesetzgeber hatte bei Erlaß des DepG den Problemen des Effektengiroverkehrs zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Man ging davon aus, daß auf der Basis von Miteigentumsanteilen am Sammelbestand ebenso ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich sein würde wie beim Erwerb vom Alleineigentümer. Man übersah, daß der Mitbesitz keine ausreichende Rechtsscheinsgrundlage für einen gutgläubigen Erwerb abgibt (Koller, JZ 72, 649). Heute ist freilich allgemein anerkannt, daß kraft Rechtsfortbildung neben dem Mitbesitz die Buchung im Verwahrungsbuch die maßgebliche Rechtsscheinsgrundlage darstellt (Canaris, Großkommentar z. HGB, Anh. § 357 Anm. 893 ff.; Heinsius/Horn/Than, DepG, § 6 Anm. 91; Kümpel, Bankrecht, a.a.O., Teil 8 Anm. 72; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, Anh. § 406 Anm. 327 jeweils mit weiteren Nachweisen). Angesichts der Bedeutung des gutgläubigen Erwerbes für ein funktionierendes Effektengirosystem sollte diese Frage gesetzgeberisch endgültig geklärt werden. Problematisch ist nämlich der Umfang des gutgläubigen Erwerbes. Die wohl h.M. sieht die Buchung im Verwahrungsbuch einer jeden Bank als Träger des Rechtsscheins an, auf den der gutgläubige Erwerb gestützt werden kann. Dem könnte man entgegenhalten, daß nur die Buchung im Verwahrungsbuch der WSB als maßgebliches Vertrauenselement in Betracht käme; denn der Gesetzgeber habe, wie die §§ 5 (1) 3, 9 a, 24 DepG zeigen, lediglich den WSB, die besonders ausgesucht sind (§ 1 (3) DepG), gesteigertes Vertrauen in die Zuverlässigkeit ihres Geschäftsgebarens geschenkt (vgl. auch Koller, DB 72, 1906 ff.). Konsequenz dieser Privilegierung der WSB ist allerdings, daß man den gutgläubigen Erwerb stark einschränken würde. Zwar wäre heute nahezu jeder Erwerber von börsennotierten Wertpapieren geschützt, da diese nicht im Wege der Kompensation „gehandelt“, sondern die Verkaufs- und Kaufaufträge an der Börse abgewickelt werden. Dadurch wird immer eine Einschaltung der WSB erforderlich. Ungeschützt blieben aber andere Erwerber, z.B. solche, die sich unmittelbar von einem angeblichen Miteigentümer dessen Anteile gemäß § 931 BGB haben übertragen lassen und von der als Zwischenverwahrer eingeschalteten Depotbank nach Anzeige der Abtretung des Herausgabeanspruchs eine Gutschrift erhalten haben. Ungeschützt blieben auch die Erwerber von Anteilen, die sie von einem Kunden des Zwischenverwahrers erwerben, und die ihnen ohne Einschaltung der WSB in den Büchern des Zwischenverwahrers gutgeschrieben werden. Eine Buchung im Verwahrungsbuch der WSB unterbleibt, da in den Unterlagen der WSB nur der Zwischenverwahrer als Hinterleger aufgeführt ist und sich durch die Übertragung an „seinem“ bei der WSB gehaltenen Bestand nichts ändert. Um einen reibungslosen Geschäftsverkehr mit Sammeldepotanteilen zu gewährleisten, muß deshalb das Verwahrungsbuch (§ 14 DepG) einer jeden Bank zur maßgeblichen Rechtsscheinsgrundlage erhoben werden. Die Zuordnung der durch den gutgläubigen Erwerb entstehen-

den Verluste erfolgt nach Maßgabe des § 7 DepG in seiner Modifikation durch die oben vorgeschlagene Regel.

Soweit ersichtlich blieb bislang auch die Frage weitgehend unbeachtet, inwieweit der für Inhaber- und Orderpapiere typische Einwendungsausschluß im Effekten giroverkehr zum Tragen kommt. Dies mag damit zusammenhängen, daß bei der Emission von Effekten kaum jemals Fehler gemacht werden, aus denen Einwendungen hergeleitet werden könnten. Immerhin sind solche Einwendungen denkbar. Werden nun einwendungsbehaftete Papiere in ein Sammeldepot aufgenommen, so stellt sich die Frage, gegen wen der Emittent Einwendungen zu erheben imstande ist. Ferner müßte in dem Fallkomplex eine besondere gesetzliche Regelung geschaffen werden, in dem ein Sammeldepotinhaber einen „einwendungsbehafteten“ Anteil weiterveräußert. Es muß geklärt werden, worauf sich der für den Einwendungsausschluß erforderliche gute Glaube bezieht: auf einzelne Wertpapiere oder auf die Miteigentumsanteile als solche.

Geht man *de lege lata* vom § 6 (1) 1 DepG aus, so erscheint eine Lösung des Problems nur in der Form möglich, daß man entweder mit der Einbringung einwendungsbehafteter Wertpapiere in einen Sammelbestand keinen Miteigentumserwerb verbindet, weil diese Wertpapiere nicht „gleichartig“ mit den einwendungsfreien Papieren sind, oder daß man alle bisherigen Anteilsinhaber Miteigentum an den einwendungsbehafteten Papieren erwerben läßt. Derjenige, der die einwendungsbehafteten Papiere einbringt, muß dann Miteigentum an den einwendungsfreien Papieren erwerben. Es liegt auf der Hand, daß die zweite Lösungsvariante untragbar ist. Sie ist *de lege lata* ohne Akt der Rechtsfortbildung jedoch nicht zu umgehen, wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß mit der Einbringung der einwendungsbehafteten Papiere Miteigentum entsteht; denn die bisherigen Anteilsinhaber können an den einwendungsbehafteten Wertpapieren kein einwendungsfreies Miteigentum erwerben, da die Verbringung der Wertpapiere in ein Sammeldepot kein Verkehrsgeschäft darstellt (vgl. Hueck/Canaris, a.a.O., S. 138 f.). Das Miteigentum entsteht gemäß § 6 (1) DepG kraft Gesetzes, ohne daß es auf den guten oder bösen Glauben einer Partei ankäme. Andererseits wird man in aller Regel nicht umhin kommen, die Entstehung von Miteigentum zu bejahen. Auch wenn man davon ausgeht, daß einwendungsbehaftete Wertpapiere nicht von der Art einwendungsfreier Wertpapiere sind, so können sie doch mit letzteren untrennbar vermischt worden sein.

Es erscheint daher als sinnvoll, das Sammeldepotrecht *de lege ferenda* dahin fortzubilden, daß der Einlieferer mit der Einlieferung einwendungsbehafteter Wertpapiere in Höhe der eingelieferten Menge Miteigentum erwirbt, das seinerseits einwendungsbehaftet ist. Werden ihm Wertpapiere ausgeliefert, so setzen sich die Einwendungen an den ausgelieferten Wertpapieren fort. Die anderen Miteigentümer erwerben das Miteigentum an den einwendungsbehafteten Papieren einwendungsfrei. Ist mangels Begebung und anschließendem gutgläubigen Erwerbs zum Zeitpunkt der Einlieferung noch überhaupt kein Eigentum des Einlieferers am Wertpapier entstanden, so erlangt der Aussteller das Miteigentum. Er kann, sofern in der Zwischenzeit kein Einwendungsausschluß erfolgt ist, Herausgabe der entsprechenden Anzahl von Wertpapierurkunden verlangen.

Auf der Grundlage dieses Zwischenergebnisses ist zu überlegen, ob der Effekten giroverkehr eine ausreichende Grundlage für den Einwendungsausschluß abgibt. Es wird unterstellt, daß der Einlieferer „seine“ einwendungsbehafteten Anteile, die ihm im Verwahrungsbuch gutgeschrieben sind, weiter überträgt. Man könnte nun, ebenso wie bei der Frage des gutgläubigen Erwerbs eines einwendungsfreien Rechts vom Nichtberechtigten, daran zweifeln, ob der Mitbesitz des Veräußerers den Einwendungsausschluß hinreichend legitimiert. Diese Zweifel lassen sich aber unschwer ausräumen. Grundlage des Einwendungsausschlusses bei der Übertragung des Vollrechts ist der Besitz an der Urkunde. Derjenige,

der die Urkunde besitzt, ist nicht nur als Inhaber des Rechts, sondern auch als Inhaber eines einwendungsfreien Rechts legitimiert. Auf diese Legitimation können sich Erwerber verlassen, sofern sie in den Besitz der Urkunde gelangen. Hierfür genügt mittelbarer Besitz. Werden nun einwendungsbehaftete Miteigentumsanteile übertragen, so signalisiert der Mitbesitz, der sich ja auf das ganze Papier erstreckt, daß in dem Papier als solchem ein einwendungsfreies Recht verbrieft ist. Daß andere Personen auch Mitbesitzer des Papiers sind, kann diesem Legitimationseffekt keinen Abbruch tun. Die Legitimation des Mitbesitzes wirkt hier einheitlich für das ganze Recht. Daß sie dem Erwerber eines Miteigentumsanteils nur in Höhe seines Anteils zugute kommt, hängt nicht mit der Begrenzung der Legitimationsbasis zusammen, sondern damit, daß der Erwerber eben nur einen Anteil erlangt. Es läßt sich somit festhalten, daß die Begründung des Einwendungsausschlusses im Effektingiroverkehr keine zusätzlichen Probleme aufwirft, wenn man die Surrogationslösung des § 6 (1) 1 DepG auf die Einlieferung einwendungsbehafteter Wertpapiere erstreckt.

C. Gesetzesvorschlag

§ 793-1

(1) Hat jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (Schuldverschreibung auf den Inhaber), so kann der jeweilige Inhaber eine Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Geltendmachung des Rechts nicht berechtigt ist.

(2) Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Die Unterschrift kann auf jedem technisch möglichen Weg erfolgen.

§ 793-2

Entspricht § 795 BGB.

§ 793-3

(1) Das in der Urkunde verbrieftete Recht geht nach den für die Übertragung beweglicher Sachen maßgeblichen Vorschriften über. Es kann auch durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Geht das Recht im Wege der Abtretung über, so kommt § 952 (2) BGB zur Anwendung.

(2) Derjenige, der eine Urkunde, die irgendwie abhanden gekommen ist, unter Erlangung des Besitzes erwirbt, wird berechtigter Inhaber, es sei denn, daß er die Urkunde in bösem Glauben erworben hat oder daß ihm beim Erwerb grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. (In § 935 (2) BGB sind die Worte „oder Inhaberpapiere“ ersatzlos zu streichen.)

§ 793-4

(1) Der Aussteller der Urkunde kann jedem Inhaber entgegenhalten, daß ihm die Ausstellung der Schuldverschreibung, so wie sie erfolgt ist, nicht zuzurechnen sei. Er kann dem Inhaber ferner jede Einwendung oder Einrede entgegenhalten, die aus der Urkunde ersichtlich ist.

(2) Hat der Aussteller zur Zeichnung der Urkunde ein technisches Hilfsmittel benutzt, so kann er sich dem Inhaber gegenüber auf die unberechtigte Benutzung dieser Hilfsmittel nicht berufen, es sei denn, daß der Erwerber die Fälschung kannte oder ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

(3) Der Aussteller kann in Fällen, in denen dem Inhaber die Urkunde übereignet worden ist, einem Inhaber keine Einwendungen oder Einreden entgegensetzen, die sich auf seine unmittelbaren Beziehungen zu einem früheren Inhaber stützen, es sei denn, daß der spätere Inhaber beim Erwerb der Urkunde bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat.

(4) Soweit eine zurechenbare Einwendung oder Einrede nicht auf die unmittelbaren Beziehungen zum Aussteller gründet, kann sie dem Inhaber, der das Eigentum an der Urkunde durch Übereignung erlangt hat, nur entgegengehalten werden, wenn er beim Erwerb im bösen Glauben gehandelt hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel.

§ 793-5

(1) (Wie § 797 S. 1 BGB)

(2) Der Schuldner, der an den Inhaber der Urkunde leistet, wird von seiner Verbindlichkeit befreit, wenn ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt und er in der Lage ist, die Nichtberechtigung des Inhabers zu beweisen.

(3) Der Schuldner, der befreiend an den Inhaber der Urkunde geleistet hat, erwirbt das Eigentum an der ihm ausgehändigten Urkunde.

§ 793-6

Wie § 806 BGB.

§ 793-7

Wie § 798 BGB.

§ 793-8

Wie § 799 BGB.

§ 793-9

Wie § 800 BGB.

§ 793-10

(1) Der Anspruch aus der Schuldverschreibung verjährt in . . . Jahren.

(2) Die Verjährungsfristen können verlängert werden.

(3) Beginn und Lauf der Verjährung werden zugunsten des Antragstellers durch ein Aufgebotsverfahren gehemmt. Die Hemmung beginnt mit der Beantragung des Aufgebotes. Gleiches gilt, wenn ein Antrag auf Zahlungssperre gestellt wurde. Die Hemmung endet (wie § 802 S. 2 2. HS und S. 3 BGB).

§ 793-11

Wie § 805 BGB.

§ 793-12

Werden Inhaberschuldverschreibungen geringen Wertes oder Karten, Marken sowie ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchen sich ergibt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, so finden die Vorschriften der §§ 793-1 Abs. 1, § 793-3 Abs. 1, 3, § 793-4, § 793-5, § 793-10 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

§ 794

Werden Aktien auf den Inhaber ausgestellt, so finden die Vorschriften der §§ 793-1 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, § 793-3, 793-4, 793-5 Abs. 1, 2, 793-6 S. 1 entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem Aktiengesetz nichts anderes ergibt.

§ 795

(1) Der von einer Kapitalanlagegesellschaft ausgestellte Anteilsschein muß von der Kapitalanlagegesellschaft und der Depotbank unterzeichnet sein.

(2) Auf den Inhaberanteilsschein finden die Vorschriften der §§ 793-1, 793-3 bis 793-5 sowie § 793-7 bis 793-9 entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem KAGG nichts Besonderes ergibt.

Orderschuldverschreibungen

§ 795-1

(1) Eine Schuldverschreibung, in der der Aussteller einer namentlich bezeichneten Person gegen Vorlage der Urkunde eine Leistung verspricht, kann auf Order lauten (Orderschuldverschreibung).

(2) Die Unterschrift kann auf jedem technisch möglichen Weg erfolgen.

§ 795-2

(1) (Entspricht § 808 a BGB).

(2) Die Ausstellung von Lagerscheinen auf Order ist nur mit staatlicher Ermächtigung zulässig.

§ 795-3

(1) Das in der Urkunde verbriefte Recht kann durch Indossament und Übereignung der Urkunde übertragen werden.

(2) Das Indossament muß auf die Urkunde oder ein mit ihr verbundenes Blatt gesetzt werden. Die Verwendung technischer Mittel ist zulässig.

(3) Das Indossament braucht den Indossatar nicht zu bezeichnen und kann in der bloßen Unterschrift bestehen (Blankoindossament). Ein Blankoindossament kann der berechtigte Inhaber mit seinem Namen oder dem Namen eines anderen ausfüllen, die Urkunde ohne auszufüllen weitergeben oder selbst an eine bestimmte Person weiterindossieren.

(4) § 793-3 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 sowie § 798-19, § 798-21 (= Art. 19, 21 SchG) finden entsprechende Anwendung.

§ 795-4

Hat der Erwerber die Orderschuldverschreibung aufgrund eines Indossaments erworben, so findet § 793-4 entsprechende Anwendung.

§ 795-5

(1) Der durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten (798-19) ausgewiesene Inhaber der Orderschuldverschreibung kann gegen Aushändigung der quitierten Urkunde Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Geltendmachung des Rechts nicht berechtigt ist.

(2) Die Leistung an den Nichtberechtigten, der durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten ausgewiesen ist, wirkt befreiend, wenn dem Schuldner weder Arglist noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. § 798-35 gilt entsprechend.

(3) § 793-5 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung.

§ 795-6

Soweit in den Orderschuldverschreibungen nicht nur geringwertige Forderungen verbrieft sind, gelten die §§ 793-7 bis 793-9 entsprechend.

§ 795-7

Auf die Verjährung des Anspruchs aus der Orderschuldverschreibung findet § 793-10 sinngemäße Anwendung.

Namenspapiere und Legitimationspapiere

§ 797-1

(1) Eine Urkunde, die auf einen bestimmbaren Namen lautet, kann mit der Abrede ausgegeben werden, daß der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet ist. Der Inhaber der Urkunde ist als solcher nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen.

(2) Das in der Urkunde verbrieftete Recht wird, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach den für das Recht maßgeblichen Regeln übertragen, ohne daß es einer Übergabe des Papiers bedarf.

(3) Leistet der Schuldner an einen Gläubiger, der das Recht übertragen hat, aber nicht mehr im Besitz der Urkunde ist, so wird er von seiner Verpflichtung nur befreit, wenn mit einer Übertragung des Rechts nicht zu rechnen war oder in besonderen Fällen mit einem Verzicht auf die Aushändigung der Urkunde gerechnet werden mußte.

(4) Ist eine Urkunde abhanden gekommen oder vernichtet, so kann sie, wenn mit der Übertragung des Rechts zu rechnen ist und nicht ein anderes bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Dies gilt nicht beim Verlust geringwertiger Urkunden.

§ 797-2

(1) Wird eine Urkunde, die auf einen bestimmbaren Namen lautet, mit der Abrede ausgegeben, daß die versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden darf, so ist jedes Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem Inhaber der Urkunde, insbesondere die Leistung, wirksam, wenn dem Schuldner weder Arglist noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der Inhaber ist als solcher nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen.

(2) Eine derartige Abrede ist im Zweifel getroffen, falls der Schuldner regelmäßig die Identität des Gläubigers nur unter erheblichen Anstrengungen festzustellen vermag, der Gläubiger aber ausreichend imstande ist, seine Berechtigung auch ohne Urkunde nachzuweisen.

Besondere Wertpapierformen

Scheck

§ 798-1 bis § 798-66

Entspricht Art. 1-66 SchG.

Scheckvertrag

§ 799-1

(1) Zahlt die bezogene Bank auf einen Scheck, der eine gefälschte Ausstellerunterschrift oder die Unterschrift eines Vertreters ohne Vertretungsmacht trägt, so darf sie den Konteninhaber belasten, falls die Unterschrift von einem der Familienangehörigen oder

Leuten des Kontoinhabers oder von einer Person stammt, der der Konteninhaber die Scheckformulare anvertraut hat.

(2) Der Bank steht ferner das Recht zur Belastung zu, wenn der Konteninhaber nicht nachweist, daß sein Verhalten die Auszahlung nicht schuldhaft begünstigt hat.

(3) Im Falle eines Mitverschuldens der Bank findet § 254 BGB sinnngemäße Anwendung.

(4) Die Absätze 1–3 gelten entsprechend bei Verfälschungen eines Schecks.

§ 799-2

Behauptet der Aussteller, daß ihm oder einem Dritten der Scheck irgendwie abhanden gekommen sei, so kann er vor Ablauf der Vorlegungsfrist dem Bezogenen die Einlösung verbieten. Eine trotz rechtzeitig zugegangenen Verbots erfolgte Einlösung des Schecks berechtigt den Bezogenen zur Belastung des Ausstellers nur dann, wenn der Bezogene nicht schuldhaft gehandelt hat.

Scheckkarte

§ 800-1

(1) Der Inhaber eines Ausweises, in dem der Aussteller einem Schecknehmer Zahlung garantiert (Scheckkarte) ist ermächtigt, den Aussteller bei Begebung eines Schecks zu verpflichten.

(2) Der Aussteller kann die Wirksamkeit der Verpflichtung von besonderen Voraussetzungen abhängig machen, die im Ausweis genannt sind oder verkehrsüblich sind.

§ 800-2

Die auf Namen ausgestellte Scheckkarte ist unübertragbar. Eine Unterermächtigung ist unzulässig.

§ 800-3

(1) Der Anspruch des Schecknehmers gegen den Aussteller der Scheckkarte ist ausgeschlossen, wenn

1. der Schecknehmer im Hinblick auf das der Ausgabe der Scheckkarte zugrunde liegende Verhältnis bewußt zum Nachteil des Ausstellers gehandelt hat oder
2. der aus dem Ausweis nicht ersichtliche Fortfall der Ermächtigung bzw. deren Einschränkung dem Schecknehmer bekannt gewesen oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

(2) Der Anspruch ist ferner ausgeschlossen, wenn der Schecknehmer nicht das Eigentum am Scheck erlangt hat.

§ 800-4

(1) Der Aussteller des Ausweises darf sich gegenüber dem Schecknehmer nicht darauf berufen, daß die Unterschriften auf dem Scheckformular und/oder der Scheckkarte gefälscht und/oder die Scheckformulare bzw. Scheckkarte verfälscht worden sind. Der Einwand der Fälschung steht ihm jedoch zu, wenn der Schecknehmer nicht nachzuweisen vermag, daß er die Fälschung trotz verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht zu erkennen vermochte.

(2) Gleiches gilt, falls Scheck- oder Scheckkartenvordrucke verwandt wurden, die dem Aussteller irgendwie abhanden gekommen sind, es sei denn, daß dem Schecknehmer das Abhandenkommen bekannt war oder ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

(3) Auf die Belastung der Empfänger von Scheckformularen bzw. der Inhaber von Scheckkarten, durch deren Verhalten die Fälschung begünstigt worden ist, findet § 799-1 entsprechende Anwendung.

§ 800-5

Mit der Übertragung des Schecks geht die Garantieforderung auf den Erwerber über.

§ 800-6

Die Garantie erlischt, wenn auf den Scheck befreiend geleistet wird.

§ 800-7

Eine Kraftloserklärung der Scheckkarte findet nicht statt.

Sammeldepotanteile

§ 801-1

- (1) Entspricht § 5 S. 1 und 2 DepG.
- (2) Entspricht § 5 (2) DepG.
- (3) Entspricht § 5 (3) DepG.

§ 801-2

- (1) Entspricht § 6 (1) DepG.
- (2) Einwendungen und Einreden eines Ausstellers richten sich im Falle der Einlieferung der Wertpapiere beim Sammelverwahrer gegen alle Miteigentumsanteile, die der Eigentümer aufgrund der Einlieferung erlangt. Sie setzen sich im Falle der Auslieferung an den ausgelieferten Wertpapieren fort.
- (3) Entspricht § 6 (2) DepG.

§ 801-3

- (1) Entspricht § 7 (1) DepG.
- (2) Entspricht § 7 (2) DepG.
- (3) Der Verlust an Wertpapieren, die an einen Zwischenverwahrer im Rahmen des für ihn bei der Wertpapiersammelbank geführten Guthabens ausgeliefert worden sind, trifft die Gesamtheit der Miteigentümer, für die der Zwischenverwahrer tätig ist, es sei denn, daß der Verlust den Buchungsunterlagen zufolge einzelnen Miteigentümern zugerechnet werden kann.

§ 801-4

Entspricht § 8 DepG.

§ 801-5

An Sammelbestandsanteilen kann nur nach Maßgabe des § 4 DepG ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

§ 801-6

(1) Der Erwerber eines Sammeldepotanteils, der irgendwie abhanden gekommen ist, erlangt auch dann das Miteigentum, wenn ihm der Veräußerer unter Aufgabe eigenen Besitzes den Mitbesitz verschafft und der Veräußerer dem vom Sammelverwahrer geführten Verwahrungsbuch zufolge als Berechtigter erscheint, es sei denn, daß sich der Erwerber zur Zeit des Besitzerwerbes in bösem Glauben befand oder daß ihm grobe Fahriässigkeit zur Last fiel.

(2) Werden Wertpapiere eingeliefert, gegen die Einwendungen erhoben werden können, so richten sich die Einwendungen gegen die aufgrund der Einlieferung erworbenen Miteigentumsanteile.

§ 801-7

Entspricht § 9 a DepG.

§ 801-8

Die Legaldefinitionen des § 1 DepG gelten entsprechend.

Schrifttum

- Andreas/Schmidtgall, Rationalisierung des Wertpapierverkehrs, ZKW 72, 815
- Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12. Aufl., München 1978
- Baur, Investmentgesetze, Berlin 1970
- Beck, Gesetz über das Kreditwesen, Wiesbaden 1961
- Bernhardt/Dambmann, Elektronisches Geld, Frankfurt/Main 1979
- Brink, Rechtsbeziehungen und Rechtsübertragung im nationalen und internationalen Effektingiroverkehr, Berlin 1972
- Brox, Handels- und Wertpapierrecht, München 1978
- v. Caemmerer, Rezension: Trost/Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Ausgabe 1962, BB 64, 520
- Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981
- Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
- Eichler, System der Wertpapiere, Karlsruhe 1969
- Eisenhardt, Die rechtliche Bedeutung des Scheckkartennummervorms auf dem Scheck, MDR 72, 729
- Fabricius, Zur Theorie des stückelosen Effektingiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen, AcP 162 (1963), 456
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979
- Glücksmann, Die Rechtsnatur der Sparhefte, Diss. Zürich 1971
- Guhl, Das schweizerische Obligationsrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Aufl., Zürich 1972
- Haag, Die Begriffsbildung des Wertpapiers, Bad Homburg 1969
- Handelsgesetzbuch, Großkommentar, §§ 352–372, 3. Aufl., Berlin 1978, Bearb. Canaris
- Hefermehl, Zum Anwendungsbereich des Art. 17 WG, ZHR 144 (1980), 34
- Heinichen, Die Rechtsgrundlagen des Reisescheckverkehrs, Berlin 1964
- Heinsins/Horn/Than, Depotgesetz, Berlin 1975
- Herbst, Rechtsfragen beim Sparkassenbuch, 10. Aufl., Stuttgart 1978
- Hildebrandt, Wertpapierrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1957
- Huber, Einwendungen des Bezogenen gegen den Wechsel, Festschrift für W. Flume, Bd. II, Köln 1978, S. 83
- Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 11. Aufl., München 1977
- Jacobi, Recht der Wertpapiere, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, Leipzig 1917
- Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1956
- Jähnchen-John, Das Wechsel- und Scheckrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1976
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln 1979
- Körner, Die Entstückung des Effektenwesens nach dem Rechtsmodell der Sammelschuldbuchforderung, Diss. Köln 1971
- Koller, Der gutgläubige Erwerb von Sammeldepotanteilen an Wertpapieren im Effektingiroverkehr
DB 72, 1857 (1. Teil)
DB 72, 1905 (2. Teil)
- Koller, Der gutgläubige Erwerb bei Übertragung von Miteigentumsanteilen, JZ 72, 646
- Koller, Fälschung und Verfälschung von Wertpapieren, WM 81, 210 ff.
- Koller, Die Verteilung des Scheckfälschungsrisikos zwischen Kunde und Bank, NJW 81, Heft 45
- Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979
- Kümpel, Bankrecht und Bankpraxis, Teil 8, Köln 1978
- Kümpel, Zur Problematik des Vorlegungserfordernisses bei Namenspapieren am Beispiel der Namens-Schuldverschreibung und des Sparbuchs. Versuch einer Neudefinition des Wertpapierbegriffes, WM 81, Beilage 1
- Kümpel, Die Internationalisierung der deutschen Girosammelverwahrung, WM 76, 942
- Kümpel, Gerichtliches Aufgebotsverfahren für abhanden gekommene eurocheque-Karten und Blankoscheckvordrucke, NJW 75, 1549
- Kröger, Zur Verbindlichkeit fernmündlicher Schecksperrungen während der Vorlegungsfrist, WM 75, 1250
- Landvogt, Fälschung und Verfälschung von Wechseln und Schecks im anglo-amerikanischen, französischen und deutschen Recht, Köln 1970
- Liesecke, Wechselverkehr und Wechselrecht in neuerer Sicht, WM 72, 1202
- Liesecke, Der internationale Wechsel, WM 73, 442
- Martens, Begebungsvertrag und Wechselblankett, JZ 73, 441
- Opitz, Depotgesetz, 2. Aufl., Berlin 1955
- Ostheim, Zur Lehre von den Einwendungen im Wechselrecht, Festschrift für W. Kastner, Wien 1972, S. 356
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 39. Aufl., München 1980
- Peters, Wertpapierfreies Effektsystem, Baden-Baden 1978
- Pflug, Zur Legitimationswirkung von Sparbüchern, ZHR 140, 175
- Pleyer/Stecher, Erfordernisse und Möglichkeiten einer internationalen Vereinheitlichung des Wechselrechts, WM 77, Beilage 4
- Pleyer/Müller-Wüsten, Gerichtliches Aufgebotsverfahren für eurocheque-Formulare und eurocheque-Karten, WM 75, 1102

- Raiser, Das Rektapapier, ZHR 101, 13
Rehfeldt/Zöllner, Wertpapierrecht, 12. Aufl., München 1978
Reischhauer/Kleinhans, Kreditwesengesetz, Berlin 1963
Rottenburg, Inhaberaktien und Namensaktien im deutschen und amerikanischen Recht, Stuttgart 1967
Schlechtriem, Zur Haftung bei Wechselfälschungen, JZ 67, 479
Schlegelberger/Hefermehl, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., Berlin 1973
Schönle, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., München 1976
Schork, Gesetz über das Kreditwesen, Köln 1976
Schraepfer, Bankrisiko bei Auszahlung ohne Sparbuch, NJW 73, 1864
Schraepfer, Entwertung des Sparbuchs, NJW 76, 23
Ulmer, Der Einwendungsausschluß im einheitlichen Wechselgesetz im Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 225
Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart 1938
Ulmer/Heinrich, Das Wechsel-Scheck-Verfahren, DB 72, 1101
Willwater, Postscheck und Scheckgesetz, Diss. Tübingen 1978
Zöllner, Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 249
Zöllner, Zur rechtlichen Problematik der Scheckkarte, DB 68, 559